



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

**LA MEDIACION COMO MEDIO ALTERNATIVO DE
SOLUCION DE CONFLICTOS EN EL JUICIO ORDINARIO
CIVIL, EN EL DISTRITO FEDERAL.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CRISTINA ESTRADA FRANCO**

ASESOR: LIC. JORGE ABEL MAGAÑA ACOSTA

m339882

ENERO DE 2005



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

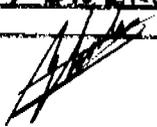
Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en forma electrónica e impresa el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: CRISTINA ESTRADA
FRANCO

FECHA: 12 / ENERO / 2005

FIRMA: 

**A MI ESPOSO, POR SU AMOR
Y COMPRENSIÓN.**

**A MIS HIJOS, GRACIAS POR SU AMOR Y
COMPRENSIÓN . ESPERO HABER FOMENTADO EN
USTEDES EL GUSTO POR EL ESTUDIO, Y LA CERTEZA
DE QUE CON VOLUNTAD TODO SE PUEDE.**

**EN MEMORIA DE MI PADRE
MARIO ESTRADA TAMAYO POR
SUS VALIOSOS CONSEJOS Y POR
SU EJEMPLO.**

EN MEMORIA DE TRINIDAD BARBOSA
GRACIAS MAMÁ, TODO LO QUE SOY TE
LO DEBO A TI, SIEMPRE VIVIRÁS EN MI.

A MI MAMÁ Y HERMANOS, POR
SU CARÍÑO Y APOYO

A MIS MAESTROS POR COMPARTIR
SUS CONOCIMIENTOS, POR SU
DEDICACIÓN Y EMPEÑO.

A LA DRA. LETICIA GARCÍA GARCÍA.
POR SU CALIDAD HUMANA, POR SUS
CONSEJOS Y POR SU VALIOSA AYUDA
PARA HACER POSIBLE ESTE TRABAJO.

AL LIC. JORGE ABEL MAGAÑA ACOSTA
POR SU ASESORÍA EN EL DESARROLLO
DE ÉSTE TRABAJO.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS
CON TODO MI CARÍÑO.

**Y SOBRE TODO GRACIAS A DIOS
POR HABERME DADO LA FORTALEZA
NECESARIA PARA ALCANZAR MI META.**

ÍNDICE

Introducción.	1
---------------	---

CAPÍTULO 1 FUNCIONES DEL DERECHO

1.1. Concepto De Derecho	4
1.1.1. Enfoque jurídico o normativo.	4
1.1.2. Enfoque sociológico.	9
1.2. Las funciones del Derecho.	13
1.2.1. Funciones del Derecho desde la perspectiva jurídica.	15
1.2.1.1. Funciones de certeza, seguridad y cambio progresivo.	17
1.2.1.2. Resolución de los conflictos de intereses.	19
1.2.1.3. La organización, la legitimación y la limitación del poder político.	21
1.2.2. Funciones del Derecho desde la perspectiva sociológica.	24
1.2.2.1. Función orientación social.	25
1.2.2.2. Tratamiento de conflictos declarados.	27
1.2.2.3. Legitimación del poder.	29

CAPÍTULO 2 LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO FUNCIÓN DEL DERECHO

2.1. Formas de solución de la conflictiva de intereses desde la Teoría del Proceso.	
2.1.1. Autotutela.	33
2.1.2. Autocomposición.	34
2.1.2.1. Unilateral	36
2.1.2.1.1. Desistimiento.	36
2.1.2.1.2. Allanamiento.	40
2.1.2.2. Bilateral	41
2.1.2.2.1. Amigable composición.	41
2.1.2.2.2. Conciliación	42
2.1.2.2.3. Mediación.	45
2.1.3. Heterocomposición.	45
2.1.3.1. Arbitraje.	45
2.1.3.2. Proceso.	51

CAPÍTULO 3 MARCO LEGAL EXISTENTE EN MÉXICO RESPECTO DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN

3.1. Fundamento constitucional sobre el acceso a la justicia como garantía.	54
---	----

3.2. Diversas leyes federales y locales que regulan la conciliación antes o durante el proceso en México	60
3.3. La Conciliación en Materia Civil en el Distrito Federal.	82
3.3.1. Juicio Ordinario Civil (Art. 272 A. Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal).	82
3.3.2. Justicia de Paz (Título Especial Art. 20-VI Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).	83
3.4 Conciliación en Materia Familiar en el Distrito Federal.	84

CAPÍTULO 4 LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

4.1. El Juicio Ordinario Civil.	88
4.2. Concepto de Mediación.	88
4.3. Diferencia entre la mediación y otras formas de solución de conflictos.	92
4.3.1. Mediación y Arbitraje.	92
4.3.2. Mediación y Conciliación	93
4.4. Tipos de mediación	97
4.4.1. Por el área de aplicación.	97
4.4.1.1. Familiar	97
4.4.1.2. Penal.	99
4.4.2. Por el lugar de aplicación.	101
4.4.2.1. Comunitaria	101
4.4.2.2. Escicar.	103
4.4.3. Por el momento procesal de aplicación	105
4.4.3.1. Extraprocesal	105
4.4.3.3. Intraprocesal	105
4.5. Experiencias de otros países.	106
4.5.1. Argentina	106
4.5.2. Estados Unidos	111
4.5.3. Perú	114
4.5.4. Venezuela y otras naciones.	114
4.6. Experiencia sobre mediación en el Estado de México	116
4.7. La Mediación en el Distrito Federal	128
4.7.1. La Mediación en Materia Familiar.	128
4.7.1.1. Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal.	129
4.7.1.2. Principios fundamentales de la mediación.	130
Conclusiones	133
Propuestas.	136
Bibliografía.	137

*“No hay un camino para la paz,
la paz es el camino.”*

MGDO. LIC. ABEL VILICAÑA ESTRADA

INTRODUCCIÓN

Actualmente, en nuestro país existe dificultad para acceder a una justicia pronta y expedita. El aumento de la población y la problemática social que impera hace que dicha justicia sea cada vez más lenta, esto sin tomar en cuenta la distancia en algunos lugares y la falta de recursos económicos, muchas veces los involucrados en un conflicto no cuentan con los medios para trasladarse a lugares lejanos para acceder a la justicia y mucho menos para pagar a un abogado que les lleve su asunto, esto da por resultado un estado de indefensión.

Así también, la carga excesiva de trabajo de los juzgados genera diversas presiones, cada vez se requiere de un presupuesto mayor y por otro lado, al no aumentarse el número de funcionarios judiciales, al mismo ritmo que el incremento de los conflictos, la administración de justicia se vuelve lenta y por tanto no se tiene acceso a una justicia pronta y expedita, tal y como lo establece el artículo 17 constitucional.

Una vez expuesto lo anterior, el objetivo principal de este trabajo es que se regule la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, ya que aligerará el exceso de trabajo a los Juzgados.

La utilidad de este trabajo se reflejará en diversos ámbitos de la aplicación del Derecho, como es la aplicación expedita de la justicia, una reducción importante de carga de trabajo en los Juzgados, a menor carga de trabajo, por lógica, mejor administración del tiempo, que se reflejará en una mayor calidad de la actividad jurisdiccional.

En primer lugar, el costo de la asistencia profesional; en segundo lugar, los costos mismos del proceso (copias, peritos), y algunas situaciones diversas que hacen más complicado el acceso a los tribunales, como la lejanía geográfica y la falta de recursos para transportarse constantemente al domicilio del juzgado,

cuando ambos litigantes son personas de escasos recursos, sin duda alguna la mediación resulta el procedimiento idóneo, dado que permite a las partes, en poco tiempo, sin requerir de abogados ni pagar los gastos de un proceso, resolver su controversia de forma acordada y pacífica.

Así entonces, proponemos que se configure al mediador como un medio alternativo para la solución de conflictos, en el Juicio Ordinario Civil, en el Distrito Federal, para que se determine el acceso a una justicia pronta y expedita por su sencillez, poco costo y rapidez para ambas partes en conflicto. Para llegar a dicha propuesta, en el Capítulo primero se abordará el Derecho, su definición, sus diversas funciones, su organización, legitimación, limitaciones, así como sus fines.

En el segundo Capítulo se explicarán las diversas formas de solución de conflictos desde la Teoría del Proceso, la Autotutela, Autocomposición, Arbitraje, Conciliación, Mediación y Heterocomposición, para pasar al tercer Capítulo en el que se examinará el marco jurídico para la resolución de conflictos a través de la conciliación.

Finalmente en el Capítulo cuarto, se analizará la Mediación en base a la experiencia del Estado de México, con la finalidad de implementarla como medio de solución de conflictos en el Juicio Ordinario Civil en el Distrito Federal.

CAPÍTULO 1 FUNCIONES DEL DERECHO

La sociedad, para realizar su progreso y mejoramiento, necesita del orden, sin el cual todo intento de convivencia resulta inútil. Éste es, entonces, un elemento indispensable para la organización y desarrollo de la vida en común.

Las relaciones sociales no siempre se desenvuelven de un modo natural y armónico; por el contrario, la vida de los hombres en comunidad determina, en ocasiones, choques o conflictos entre los intereses de los propios hombres. Si cada uno tuviere libertad para perseguir y alcanzar los suyos sin limitación alguna, pronto estallarían la lucha de todos contra todos, el desorden y anarquía, enseñoreándose de la vida social, impedirían todo progreso y harían imposible cualquier forma de convivencia; la solidaridad entre los hombres quedaría destruida y la desorganización sería permanente.

De ahí que, para evitar esto, surja la necesidad de establecer un orden, el cual no puede imponerse sino mediante la intervención del Derecho, que, examinado desde este punto de vista, aparece como un elemento de armonía en la vida social; pero como el orden no se recomienda sino se impone, esto trae como consecuencia que el Derecho tenga un carácter normativo; es decir, que aparezca, generalmente, como un mandato u orden dirigido a la conducta social de los individuos para que éstos hagan o dejen de hacer determinada cosa.

El Derecho procura la paz y armonía sociales. Mediante el orden, la sociedad realiza los fines que le son propios, y que no son otros que la consecución del bien común. Por tanto, el Derecho tiene como fin esencial la realización de la armonía en la vida social del hombre.

Vista así esta cuestión, notamos cómo de la naturaleza misma del individuo arranca el Derecho. Si aquél fuera perfecto, si las relaciones humanas se desarrollaran de una manera normal, si no existiesen intereses en conflicto, el

orden jurídico estaría de más; pero las cosas no ocurren así, sino de muy distinta manera. Por tanto, es necesario que todas las relaciones de carácter social encuentren protección y apoyo en la norma jurídica, y que los intereses individuales se protejan debidamente. Se puede afirmar que toda la vida social del individuo, desde su nacimiento hasta su muerte y aun antes del nacimiento, se encuentra regida por el Derecho.

Por lo anteriormente expuesto, tenemos que el objetivo del presente capítulo es determinar las funciones que tiene el Derecho, desde dos vertientes: la sociológica y la jurídica.

1.1. Concepto de Derecho.

1.1.1. Enfoque jurídico o normativo.

Parecería que la noción del Derecho debería ser una de las ideas definitivamente incorporadas al saber de todo jurista y sobre la cual no deberían haber ni vacilaciones ni disonancias. Sin embargo, no es así. Los juristas distan mucho de ponerse de acuerdo sobre una noción del Derecho.

Ante tal situación, creemos necesario partir de nociones elementales sobre dicha ciencia para terminar estableciendo un concepto personal sobre la misma.

Iniciaremos por mencionar la etimología de la palabra "Derecho", la cual deriva "... del vocablo latino '*directum*' que, en su sentido figurado, significa 'lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma'. Derecho es lo que no se desvía a un lado ni otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin."¹

En las distintas lenguas modernas, germánicas y latinas, se usa indistintamente la palabra Derecho y la palabra recto, para significar el Derecho.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 4, 22ª edición, Barcelona, España, Editorial Mateu Cromo, S.A., 2001, p. 508.

Así, en inglés, se dice *right*; en alemán, *recht*; en holandés, *recht*; en francés, *droit*; en italiano, *diritto*; en rumano, *drept*, etc.

Por otra parte, autores como Luis Recasens Siches² consideran que la palabra Derecho se usa en dos sentidos. Por una parte, significa una facultad reconocida al individuo por la ley para llevar a cabo determinados actos, o un conjunto de leyes, o normas jurídicas, aplicables a la conducta social de los individuos. En el primer caso se da a la palabra su sentido fundamental. Cuando se dice, por ejemplo, que una persona tiene un Derecho de Propiedad sobre un bien, estamos afirmando que el propietario tiene la facultad o poder (el Derecho) de usar y disponer de dicho bien para su propio provecho con exclusión de los demás, y que esa facultad le está protegida y reconocida por la ley.

Lo mismo ocurre cuando hablamos de la patria potestad, o del derecho de arrendamiento, o de hipoteca, etc.; en estos últimos casos, el titular del derecho, es decir, la persona que está en posesión del mismo, tiene la facultad de ejercer poder sobre el menor (patria potestad), o usar el bien (arrendamiento), o hacer suyo el bien hipotecado, en caso de que la obligación garantizada con dicho bien no se cumpla (derecho hipotecario), etc. La ley reconoce y protege dichos derechos a quien es titular de ellos.

El Derecho, en su segunda acepción, significa el conjunto de reglas o disposiciones que rigen la conducta de los hombres en sus relaciones sociales. Por tanto, al conjunto de normas jurídicas, vigentes en un lugar y época determinados, se les llama el Derecho, y según la época o lugar, se agrega a la palabra un calificativo; por ejemplo: el Derecho Mexicano, el Derecho Francés, el Derecho Romano, el Derecho de la Edad Media o Medieval, etc. Visto bajo los dos aspectos, tenemos que en el primer caso significa una facultad, y en el segundo, un mandato o conjunto de mandatos.

² RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1997, pp. 7 y 8.

Por su parte, el maestro Hans Kelsen señala lo siguiente: "El Derecho es un orden de la conducta humana. Un 'orden' es un conjunto de normas. El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del Derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del Derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del Derecho."³

Así también, existen autores que resultan bastante explícitos al indicar qué órgano es el que da nacimiento al Derecho, así como también los fines que busca esta ciencia y los resultados que provoca su inobservancia, al mencionar que: "En general, se entiende por Derecho el conjunto de normas jurídicas, creadas por el Poder Legislativo para regular la conducta externa de los hombres en sociedad, y en caso de incumplimiento está provisto de una sanción judicial. Además de regular la conducta humana, el Derecho establece los órganos del Estado, así como los servicios públicos."⁴

Así pues, el Derecho es una ciencia normativa, producto de la cultura y objetivación de acontecer humano. Siendo el orden social un conjunto de normas, lógicamente el Derecho que las contiene será también un sistema preceptivo que enuncia no precisamente el modo efectivo de producirse el fenómeno jurídico, sino cómo debe producirse. La violación de sus normas, lejos de afectar su validez, trae la ocasión de que el Derecho surja con toda su esplendor y magnificencia.

El Derecho entonces es un producto de la cultura porque en el espacio de ésta debemos situar todo lo que es producto del intelecto humano, aquello que el

³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª reimpresión, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 3.

⁴ FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. *Introducción al Estudio del Derecho*, 9ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, pp. 2 y 3.

hombre hace para realizar mejor sus fines, su propio destino; las cosas que, en otras palabras, tienen el sello de su personalidad.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto tenemos que el vocablo "Derecho" ha sido empleado por los juristas, atribuyéndole diversas acepciones. Es, por tanto, un término que denota: a) El conjunto de reglas o preceptos de conducta de observancia obligatoria que el Estado impone a sus súbditos; b) Se refiere a la disciplina científica que tiene por objeto el conocimiento y la aplicación de esas reglas de conducta, ciencia a la cual los romanos llamaron *jurisprudencia*, y c) Alude, en fin, al conjunto de facultades que un individuo tiene y que le permiten hacer o dejar de hacer algo frente a los demás y frente al Estado mismo.

La pretensión de definir el Derecho, constituye uno de los problemas más complejos de la filosofía jurídica; es, sin embargo, una exigencia de método, pues ha de ser definido previamente, aunque en rigor, debiera ser el coronamiento de un estudio completo de la ciencia y de la filosofía del Derecho, después de abarcar y conocer todas sus ramas.

Es necesario, sin embargo, ofrecer una noción sintética del Derecho que sirva de punto inicial, junto con otros conceptos fundamentales, para el estudio de esta rama del conocimiento.

Anteriormente notamos que etimológicamente, la palabra derecho encierra la idea de mandato, o pautas de conducta imperativamente formuladas. Esta connotación original y primaria del concepto coincide con la opinión común o empírica, acerca del concepto del Derecho.

La experiencia diaria y la razón nos indican que en el trato con nuestros semejantes, en nuestra vida de relación, nos hallamos sometidos a un variado conjunto de reglas de conducta que presentan diversa naturaleza, entre las cuales

existen unas que en caso de ser transgredidas, nos serán impuestas, aun en contra de nuestra voluntad.

Ahora nos encontramos frente a la idea de una cierta especie de sujeción, que se nos impone imperativamente, en tal forma, que posee una fuerza coercitiva para lograr su eficaz cumplimiento. A este respecto, Miguel Villoro Toranzo afirma que: "El Derecho parece ser la regla social obligatoria, obligatoria por antonomasia."⁵ Y sin embargo, no basta para comprender el concepto del Derecho aludir al elemento de la coacción exterior o física. Es decir, el empleo de la fuerza para dar cumplimiento forzado a una regla de conducta, no basta para declarar sin más, que se trata de una norma jurídica.

Asimismo, debemos indicar que al concepto del Derecho no puede llegarse por inducción, porque los datos de la experiencia suponen el concepto de lo jurídico. Está constituido ciertamente por el conjunto de normas de conducta y a la vez por la conducta misma, realizada por los hombres dentro del grupo social.

Por otra parte, ese conjunto de preceptos normativos e imperativos, no tendrían razón de ser si no se realizaran en la conducta de los hombres. El concepto debe ser considerado desde el punto de vista de la orden o mandato general y abstracto que contiene la regla jurídica (Derecho Objetivo) y desde el punto de vista de las facultades y deberes que en forma particular y concreta atribuye el precepto a determinada persona, a quien le está permitida y garantizada la realización de ciertos actos (Derecho Subjetivo).

Otra postura que sobre el tema resulta importante enunciar, es la que vierten los autores André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce quienes señalan que: "El Derecho es el conjunto de principios y reglas con carácter normativo que rige las relaciones de los individuos y grupos en sociedad, de modo

⁵ VILLOORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, p. 22.

que descansa, en el espíritu de los que a él están sometidos por relaciones personales, reales o territoriales, sobre la creencia:

- a) Del carácter legítimo de la autoridad de la que emana;
- b) Del carácter superior, cierto y válido de las normas establecidas, y su correspondencia con los valores de la civilización donde surge (justicia, paz, moralidad, orden, conformidad con la tradición cultural, servicios religiosos);
- c) Del carácter obligatorio de lo que así se establece, y
- d) De la necesidad y legitimidad de una sanción, así como de la autoridad encargada de aplicarla.⁶

De lo anteriormente expuesto, se desprende que esta última definición reconoce al Derecho como normatividad especial, que hace del sistema jurídico un sistema aparte dentro del conjunto de los sistemas normativos que forman el sistema social global, siendo además el único en el que se hallan reunidos todos los rasgos distintivos de la ideología.

1.1.2. Enfoque sociológico.

El Derecho nace dentro del grupo social, en el cual tiene lugar la vida de relación de los miembros de ese grupo. Asimismo, la cohesión del grupo requiere necesariamente un orden armónico, una coordinación de la conducta de sus miembros, de acuerdo con ciertas pautas generales que establece la norma jurídica.

Así encontramos que, el agregado social, para subsistir y desarrollarse exige necesariamente un orden, una organización. "Una muchedumbre reunida en una plaza pública, que sólo es la suma de los individuos que lo componen, no es un grupo social. Sí lo es en cambio la familia, el municipio, la nación, una

⁶ ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, p. 252.

asociación civil o una sociedad mercantil. El dato que distingue al grupo socialmente constituido, consiste en que en ellos los componentes han establecido y mantienen éste, mediante una organización conforme a la cual la conducta de cada uno de sus miembros se somete a unas determinadas reglas que disciplinan las relaciones de los asociados entre sí y de éstos con el ente social.⁷

También es de tomarse en cuenta que la sociedad es un instrumento que vincula a los hombres entre sí, organizando aunque sea en un cierto aspecto, el proceso de su actividad, para permitir la vida en común. Por esta razón, dentro del grupo social, el comportamiento de cada uno de sus componentes se encuentra regulado por un conjunto de preceptos que deben obedecer y ordenar.

La sociedad es un medio conservador que vincula al hombre con su pasado y que le permite recibir y aprovechar hoy, todo el acervo de cultura general acumulado en el pasado y proyectarse vigorosamente hacia el futuro. Pues bien, ese aparato conservador y generador de la técnica, la ciencia, la cultura, sólo puede subsistir, permanecer y desenvolverse merced a la estructura del Derecho.

La máxima conforme a la cual el grupo social requiere de un orden jurídico (*ubi societas, ibi jus*), significa que la sociedad es la condición necesaria y suficiente para la manifestación del fenómeno jurídico y alude a la vez, a la necesidad del Derecho para que sea posible la convivencia humana.

Si nos detenemos un poco en la naturaleza intersubjetiva, es decir, bilateral del Derecho, habremos de convenir en que este dato expresa el aspecto eminentemente social de la norma jurídica. Es verdad que el Derecho a la vez que mira a la subsistencia de la sociedad, persigue, como último de sus fines, los intereses del individuo, de la persona humana, siempre en relación con el comportamiento de otros sujetos, miembros del grupo social.

⁷ PENICHE LÓPEZ, Edgardo. *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*, 26ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 61.

Por otra parte, la norma de Derecho se relaciona con un conjunto de fenómenos que sólo pueden tener lugar en la vida social.

De la fuerza Impositiva que reclama todo orden jurídico, se concluye que la creación y la aplicación de ese orden, supone que entre los miembros del grupo social, se encuentran aquellos que están investidos de un poder de mando y otros que se encuentran sometidos al mandato. De allí también que la existencia y la aplicación del Derecho, supongan una organización bien diferenciada dentro del grupo social.

Abundando sobre lo anteriormente expuesto, encontramos que "... el Derecho es una forma necesaria de vivir social, lo mismo que el vivir social es una forma inalienable de la existencia humana".⁸ Así entonces, el Derecho desde el punto de vista social garantiza al hombre las condiciones de vida que le permiten su desarrollo.

Aun aquellas definiciones individualistas del Derecho reconocen que éste tiene un mínimo ético, que permite la existencia de las condiciones de conservación de la sociedad. Estas condiciones son necesarias para que en concepto del filósofo alemán Emmanuel Kant, "el arbitrio de cada uno pueda coexistir con el arbitrio de todos los demás".⁹

Estos autores que no ven en el Derecho sino un límite a la libertad individual, no pueden negar que ésta sólo es posible en el grupo social y en tanto el Derecho garantiza la existencia de esas condiciones o de un "mínimo ético" que haga posible el juego de la libertad de todos y cada uno de los individuos en la coexistencia humana.

⁸ MOTO SÁLAZAR, Efraín. *Elementos de Derecho*, 45ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 24.

⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, D-H, 11ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A.-U.N.A.M., 1998, p. 931.

Las normas del Derecho contribuyen a hacer posible la solidaridad social aun entre los diversos grupos o clases que se presentan en la sociedad. Así, en el Derecho, encontramos normas que tienen por objeto hacer posible la solidaridad doméstica o familiar (solidaridad familiar). Otro grupo de normas propone lograr la solidaridad económica (solidaridad patrimonial) y el Derecho Público en general, que tiende a hacer posible la solidaridad del individuo en sus relaciones con el Estado (solidaridad política).

El Derecho, es pues, desde el punto de vista social, una estructura formal de la vida de relación, un orden preestablecido, al cual ha de sujetarse la conducta del hombre y la organización del grupo mismo; sin el cual no sería concebible una pacífica comunidad de vida.

Este aparato estructural que hace posible el orden interno del grupo y la organización social (solidaridad, interdependencia, división del trabajo, etc.) forma, por decirlo así, el aparato óseo del grupo, sin el cual éste se desintegraría y carecería de cohesión y de fuerza.

La violación de toda norma y en principio toda transgresión a lo ordenado en el precepto, es un acto lesivo de los intereses de todo el grupo social, aun cuando en forma inmediata el desacato lesione intereses particulares. "Por ejemplo: cuando el Estado interviene a través de los tribunales para hacer cumplir un contrato, protege a la vez que el interés particular del contratante, un interés social superior, que es el restablecimiento del orden jurídico violado, lo cual se logra por medio de la ejecución forzada de la sentencia."¹⁰

Cuando se habla del Derecho como producto social, se ha de entender el concepto de los siguientes sentidos: aparte que el Derecho sólo es concebible dentro de un grupo o agregado humano, este agrupamiento requiere una

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*, 21ª ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2002, p. 23.

organización en cierto grado elaborada, que permita a los miembros del grupo y al grupo mismo, la cohesión y solidaridad necesarias para su subsistencia y desarrollo.

Por nacer el Derecho del grupo social y porque la vida del grupo social requiere de la existencia de normas jurídicas, el Derecho lejos de estar desvinculado de la realidad de la vida del grupo, debe ser la expresión formal normativa de los datos que surgen de la convivencia efectiva del grupo, de la cual el Derecho es una de sus más claras manifestaciones.

Así entonces, encontramos que el concepto de Derecho desde un enfoque sociológico, se determina con base a los siguientes postulados:

"a) El Derecho (...) dirige los comportamientos humanos hacia finalidades generales de orden, esto es, de interacción tendientemente no conflictual. En esta acepción puede decirse que el control proviene esencialmente en una dirección, desde quien tiene mayor hacia quien tiene menor poder, desde quienes tienen mayor interés en mantener o reforzar el orden existente, hacia quien discute su legitimidad.

b) El Derecho comprende todos los modos y medios mediante los cuales las personas y los grupos se influyen recíprocamente."¹¹

1.2. Las funciones del Derecho.

Primeramente, debemos tener en cuenta que el estudio funcional del Derecho constituye una forma o método de conocimiento del mismo y de sus instituciones que cumplen o deberían cumplir respecto de la sociedad. Este análisis se ha determinado como el punto medular de la Sociología del Derecho desarrollada por los filósofos de dicha ciencia.

¹¹ FERRARI, Vincenzo. *Funciones del Derecho*, Madrid, España, Editorial Debate, 1989, pp. 130-131.

También resulta menester tener presente que no existe un concepto que haya sido unánimemente aceptado de la figura que ocupa nuestra atención en este inciso capitular, ya que éste depende de la connotación epistemológica y social, que se considere como punto de partida.

El vocablo "función" denota la idea de la "... capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o Instrumentos. Tarea que corresponde realizar a una Institución o entidad, o a sus órganos o personas ...".¹²

Como se podrá apreciar de lo anterior, encontramos una multiplicidad de acepciones para una sola palabra, razón por la cual si queremos profundizar en nuestra materia, es necesario que el concepto de función sea determinado desde los siguientes puntos de vista, a saber:

a) El epistemológico objetivista.- En este, la concepción del término función se manifiesta como la contribución de una parte (órgano) al todo (organismo). El sistema social "... se constituye como una totalidad orgánica conformada de múltiples maneras (subsistemas e Instituciones), que realizan una aportación para el mantenimiento y funcionamiento de aquél. Para tener conocimiento de cuáles deben ser las funciones o las aportaciones de cada parte a la totalidad del sistema, es necesario establecer en primera instancia las necesidades o las exigencias del propio sistema social y de sus subsistemas, así como de los componentes del punto de equilibrio del sistema."¹³

La solución a estas exigencias viene constituida por las funciones que los elementos del sistema determinan para lograr y mantener ese punto de equilibrio o para satisfacer las necesidades o exigencias de los que interactúan en un sistema social.

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 5, 22ª edición, Barcelona, España, Editorial Mateu Cromo, S.A., 2001, p. 744.

¹³ GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Hombre y Estado*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1992, p. 49.

b) El **epistemológico subjetivista**.- Aquí, la concepción del término función parte de la categoría de la actividad de los individuos que intervienen en las relaciones sociales e interactúan en un marco común predefinido, que en este caso es el sistema social. Para conocer "... las funciones de los elementos del sistema, es necesario conocer los objetivos de los sujetos que intervienen en un sistema. Es el actor el que delimita y conceptúa las funciones, que han de realizar los elementos del sistema. Así entonces, la definición de la función se puede dar en los siguientes términos: Es el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, pero que son atribuibles a los elementos que actúan en un sistema por el sujeto que interviene mediante ellos en el sistema."¹⁴

1.2.1. Funciones del Derecho desde la perspectiva jurídica.

El Derecho como norma o regla de conducta presupone una función en específico. Postula lo que debe ser. Pretende realizar la sinergia social, el equilibrio de las fuerzas sociales, en suma, la solidaridad social.

El Derecho concebido con esa finalidad, no puede ser una disposición arbitraria de la autoridad estatal. Dentro de una de sus tantas funciones está la de pretender garantizar la tranquilidad pública y el respeto a los altos valores humanos, para lograr la coexistencia pacífica y ordenada de los miembros de la colectividad.

Mira a garantizar que a través de la justicia, el orden y la seguridad, cada uno pueda realizar a la vez que funciones particulares, el bien de todos, el interés colectivo. Por la justicia, el orden y la seguridad, se crean las condiciones que permiten que el arbitrio de cada uno pueda coexistir con el arbitrio de los demás. El Derecho supone juicios de valor y por tanto una jerarquía en los actos que va a reglamentar.

¹⁴ *Ibidem.*

Además, el Derecho positivo se encuentra subordinado a las funciones que se propone, sean éstas políticas, sociales, morales, etc., las cuales le dan una orientación y le imponen un contenido. Es un Instrumento o un medio que se juzga idóneo para realizar las funciones propuestas. Éstas, a su vez, imprimen una dirección, un sentido de la norma jurídica. El primero de los bienes comunes a los hombres, es la existencia misma de la sociedad, de un orden en sus relaciones sociales, en cuanto este bien común sirva a la persona humana.

Recaséns Siches menciona que: "El Derecho no es lo más importante ni lo más alto que hay en la vida; pero sin él el hombre no puede vivir. Porque los hombres, para poder perfeccionar y desarrollar su ser personal y las sociedades para desenvolverse progresivamente, necesitan un orden cierto, seguro y justo. Cierto, es decir, que les indique aquello a lo que pueden atenerse respecto a sus relaciones con los demás. Seguro, es decir, que lleve ajena esencialmente la garantía de que ese orden será cumplido a todo trance. Y dicho orden seguro, debe ser un orden justo, pues la justicia es el valor supremo que el Derecho debe realizar. Ahora bien, la justicia en una sociedad tan sólo puede realizarse a través y por medio de un orden cierto y seguro, y esto es lo que constituye una de las principales funciones del Derecho."¹⁵

Recaséns Siches, establece que "... lo que varía, en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines particulares que cada Derecho Positivo se propone; pero, en cambio, son magnitudes constantes unas funciones que todo Derecho realiza por la mera circunstancia de existir formalmente válido y como eficazmente vigente. Esas funciones conciernen a la satisfacción de unos tipos constantes de necesidades humanas."¹⁶ Tales funciones o fines funcionales del Derecho son las siguientes:

¹⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Las Antinomias de la Profesión Jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo V, número 17-18, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Junio de 1985, p. 81.

¹⁶ RECASÉNS SICHES, Introducción al Estudio del Derecho, *Op. Cit.*, p. 112.

1.2.1.1. Funciones de certeza, seguridad y cambio progresivo.

Resulta cierto que en el Derecho deben confluír valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad personal de los individuos, las libertades básicas de éstos, el bienestar general o bien común, etc., y es verdad que un Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva satisfactoriamente a dichos valores.

Pero es verdad también que el Derecho no surge precisamente como un mero tributo a esos valores de superior rango, sino gestado bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo la necesidad de un cambio progresivo.

El Derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (es decir, saber a qué atenerse) y su seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido); o sea bajo el estímulo de una urgencia de orden en la vida social.

Se puede explicar esa función de certeza y seguridad, u orden, que en el Derecho encarna, por vía de comparación con la función social de seguridad que la técnica desempeña en otro campo de cosas. Sucede que el hombre se siente aterrado ante la naturaleza; presencia un conjunto de hechos en tumultuosa sucesión, cuyo secreto ignora, muchos de los cuales se presentan como muy peligrosos (frío, inundaciones, terremotos, animales salvajes, hambre, etc.). Todo esto compele al hombre a estar pendiente del contorno, en constante alerta.

Por tal razón, siente necesidad de saber a qué atenerse respecto de la naturaleza y de dominarla o controlarla. Al impulso de esa urgencia se elabora la técnica, para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad y de comodidad en el universo. Pero el hombre experimenta no sólo el dolor de la

inseguridad frente a la naturaleza, sino que se plantea análogos problemas también respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación a los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él, y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos. Y precisa no sólo saber a qué atenerse, sobre lo que deba suceder, sino también saber que esto sucederá forzosamente; es decir, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla será cumplida, de que estará poderosamente garantizada.

Así entonces, el Derecho cumple una función de certeza y una función de seguridad. Seguridad de aquello que a la sociedad de una época y de un lugar le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Por eso, el contenido del Derecho varía según los pueblos y los tiempos. Pero, en todo momento, sea cual sea su contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

Los valores superiores que deben inspirar al Derecho se refieren a los fines que mediante él deben ser cumplidos. Y claro es que un ordenamiento jurídico no estará justificado sino en la medida en que cumpla satisfactoriamente los valores supremos que deben servirle de orientación.

Pero lo jurídico del Derecho no radica en estos valores, sino en la forma de la realización de los mismos, precisamente mediante Instrumentos jurídicos. Desde un ángulo de contemplación meramente formalista, lo jurídico no es un fin, sino que es un medio puesto al servicio de la realización de fines diversos. Cuando a una colectividad le interesa asegurar de la manera más firme la realización de determinados fines, entonces, los recoge en normas jurídicas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzosa. Así, siempre la función del Derecho es seguridad, aseguración; lo mismo en un régimen tradicionalista que en un régimen revolucionario, pues tanto en un caso

como en otro, se trata de asegurar la realización de determinados propósitos, aun cuando estos propósitos sean diversos en un caso y en otro caso.

1.2.1.2. Resolución de los conflictos de intereses.

Otra de las funciones intrínsecas de todo Derecho es por esencia la resolución de los conflictos de intereses por medio de normas y decisiones de impositividad inexorable.

Cada persona tiene una multitud de deseos que anhela satisfacer. Así, los deseos de cada uno, esto es, los intereses de cada cual, frecuentemente caen en competencia o incluso en conflicto con los deseos o intereses de sus prójimos. En este sentido se entiende por interés la demanda o el deseo que los seres humanos tratan de satisfacer, bien individualmente, o bien a través de grupos o asociaciones. La satisfacción de los intereses de todos y cada uno de los seres humanos no es posible, por eso hay competencia entre los hombres en cuanto a sus varios intereses concurrentes; y esa competencia da origen muy a menudo a conflictos.

En principio, no existen más que dos procedimientos para resolver los conflictos de intereses: o bien la fuerza (triumfo de quien sea más fuerte por su vigor muscular, o por las armas que tenga, o por su astucia), o bien una regulación objetiva (es decir, que no derive de ninguna de las partes en conflicto, sino de una autoridad imparcial y que sea impuesta a aquellas partes por un igual), la cual sea obedecida por los antagonistas.

Para diferenciar los conflictos de intereses entre los individuos o entre los grupos, las autoras Raquel Gutiérrez Aragón y Rosa María Ramos Verástegui afirman que el Derecho Positivo realiza las siguientes operaciones:

“a) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías: primero intereses que merecen protección; y segundo, intereses que no merecen protección, por ser ilícitos, o por no caer dentro de las materias reguladas por el Derecho.

b) Establece una especie de tabla jerárquica en la que se determina respecto de los intereses que merecen protección, cuáles Intereses deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses; y además establece los esquemas de posible armonización o compromiso entre los intereses sólo parcialmente opuestos.

c) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos, mediante normas jurídicas, que sean individualizadas congruentemente e impuestas por la autoridad judicial o por la administrativa, en caso necesario, en caso de que tales normas no sean espontáneamente cumplidas por los sujetos obligados.

d) Establece y estructura unos órganos para desempeñar las siguientes tareas: declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de intereses; desenvolver y particularizar dichas normas; dictar normas individualizadas en las que se concreten las reglas generales; y ejecutar estas normas individualizadas.”¹⁷

El Derecho trata de resolver los conflictos de intereses no de un modo teórico, sino de una manera práctica, eficaz, ejecutiva, es decir, de modo que la solución que él da a tales conflictos sea cumplida necesariamente, forzosamente, y llegado el caso, impone sus soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía.

¹⁷ GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel y RAMOS VERÁSTEGUI, Rosa María. *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*, 14ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 206.

Así entonces, el Derecho para resolver los conflictos de intereses, necesita no solamente unos criterios valoradores adecuados, sino que además requiere también estar apoyado por el poder que quiere ser el más fuerte de todos los poderes sociales, es decir, por el poder político, o sea por el Estado.

1.2.1.3. La organización, la legitimación y la limitación del poder político.

El Derecho satisface también la función de organizar el poder político, esto es, el poder del Estado y de los demás entes públicos que lo integran. El Derecho precisamente organiza la serie de órganos competentes que hablan y actúan en su nombre. Sucede que, si bien por una parte, el Derecho positivo formalmente válido y además vigente es en realidad tal Derecho positivo de manera efectiva porque y en tanto lo apoya el poder del Estado, en cambio, por otra parte acontece también que el poder del Estado está organizado y ungido por el Derecho, o, dicho con otra palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado.

En efecto, por un lado, el poder del Estado se apoya sobre una serie de hechos sociales, y es el poder estatal precisamente porque es el resultado de los poderes sociales más fuertes. Pero, a su vez, el Derecho da al poder del Estado su organización.

El Derecho no sólo organiza el poder político, sino que además lo legitima o intenta legitimarlo, en cuanto que lo organiza o se propone organizarlo según criterios de justicia, según valores de rangos.

La organización del poder político por medio del Derecho representa una limitación de ese poder. En efecto, un poder no organizado, no sometido a determinadas formas, no especificado en una serie de diversas competencias, sería un poder que llegaría tan lejos como llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento sobre sus súbditos. El alcance de tal poder político no

organizado no estaría restringido nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada instante hasta donde llegase esa fuerza; y, en ocasiones, sería tal vez abrumador y se convertiría en tiranía insoportable.

Otras veces, cuando fallase total o parcialmente la influencia efectiva de ese poder político no organizado, o llegaría a no existir en aquel momento, o su alcance vendría a ser muy corto cuando fallara en parte.

La organización jurídica del poder dota a éste de una mayor estabilidad, de una mayor regularidad; pero, al mismo tiempo, limita el alcance de ese poder, porque tal alcance está definido, delimitado por el Derecho y, consiguientemente, no puede ir más lejos de lo establecido en el Derecho, en tanto quiera permanecer como poder jurídico y no quiera intentar convertirse en mero poder arbitrario; o sea en tanto que se desenvuelva como Estado de Derecho.

Por tanto, glosando lo expuesto acerca de las funciones del Derecho desde una perspectiva jurídica, encontramos que sobre las mismas cabe decir lo siguiente: el Derecho asegura una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad.

Tenemos que conocer, en nuestras relaciones humanas y de negocios lo que podamos hacer sin miedo a ser objeto de sanciones coercitivas; conocer también aquello de lo cual debemos abstenernos; y conocer asimismo qué índole de comportamiento podemos habitualmente esperar por parte de las personas con las cuales estamos en contacto.

Sin ningún orden de Derecho, "... flotaríamos en un mar de incertidumbre respecto de nuestras facultades y de nuestras obligaciones, y estaríamos a la

merced de nuestros prójimos y de los poderes que intentasen interferirse en nuestros asuntos.”¹⁸

Por otra parte, como quiera que es inevitable que haya disputas entre los miembros de la sociedad, ha de encontrarse algún medio para resolver esas controversias. El procedimiento más satisfactorio parece que consiste en confiar la resolución de las disputas a normas y a tribunales imparciales, cuyas decisiones se esfuercen en hacer justicia a los litigantes, para lo cual necesitamos normas jurídicas y tribunales.

En resumen, las necesidades que originan la creación del Derecho pueden ser tipificadas en dos: la necesidad de orden y de organización social; y la necesidad de que ese orden satisfaga el sentido de justicia y de los demás valores implicados por la justicia (dignidad, libertad y autonomía personales, bienestar general, etc.).

Pero se debe todavía añadir la siguiente observación: el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. El Derecho trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares. Para evitar el despotismo, el Derecho frena el poder del gobierno, mediante unas normas generales de conducta.

En suma, el Derecho intenta reducir al mínimo la posibilidad de abuso del poder, tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno.

Si se limitase sólo el poder de los particulares, surgiría entonces un gobierno despótico y arbitrario. Si no se limitara nada más que el poder del gobierno, entonces habría individuos particulares o grupos privados actuando

¹⁸ AZÚA REYES, Sergio T. *Los Principios Generales del Derecho*, México, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A., 1998, p. 119.

ilimitadamente en uso de su fuerza, es decir, se produciría una situación de anarquía. El Derecho reconoce una esfera limitada de poder a los particulares y otro ámbito de poder limitado a las autoridades gobernantes.

1.2.2. Funciones del Derecho desde la perspectiva sociológica.

Con respecto a las funciones que tiene el Derecho en el ámbito sociológico encontramos que el jurista mexicano Eduardo García Maynez señala que: "... el Derecho es una regulación del proceder de los hombres en la vida social, y sólo discrepan en lo que atañe a la naturaleza de los preceptos jurídicos."¹⁹ Según este autor, se dan tres puntos de vista diferentes en la consideración del Derecho, el del filósofo, el de los órganos estatales y el del sociólogo.

Desde el punto de vista sociológico, se estudia al Derecho en cuanto es una forma de convivencia viviente en una sociedad determinada. No se refiere a la justicia, ni al valor formal de las normas de Derecho, sino sólo a su eficacia.

Así entonces, la función de la norma jurídica, como se ha podido apreciar en los párrafos anteriores, es la de mantener la convivencia estable entre los hombres.

Las normas jurídicas regulan la vida del hombre en sociedad desde antes de su nacimiento, hasta después de su muerte, de ahí su importancia, ya que la función que desempeñan es la de hacer que el hombre, animal racional de la naturaleza, viva más como ser racional.

Si echamos un vistazo a nuestro alrededor, observaremos que vivimos bajo una serie de estructuras sociales que hacen posible la ordenada convivencia. Pues bien, detrás de todas esas formas que moldean el concierto social, está

¹⁹ GARCÍA MAYNEZ, citado por VILLORO TORANZO, *Op. Cit.*, pp. 117 y 119.

necesariamente una norma jurídica, por lo que podemos afirmar que no hay acto humano que no esté sujeto a reglas de Derecho.

Sobre los siguientes puntos a tratar, el jurista italiano Vincenzo Ferrari señala lo siguiente: "Entre las numerosas funciones atribuidas al Derecho en general por los autores que han afrontado *ex professo* esta cuestión, tres son las que coinciden con más frecuencia y que podemos retomar en cuanto son susceptibles de adaptarse a los criterios metodológicos y analíticos que hemos elegido. Podemos definir estos conceptos como sigue: a) Orientación social, b) tratamiento de conflictos declarados y c) Legitimación del poder."²⁰

1.2.2.1. Función orientación social.

También conocida como función de regulación. Es comúnmente identificada como una función organizativa, toda vez que su finalidad última consiste en la organización de la vida social.

Es conceptuada como "... aquella que dirige las conductas de los individuos, sus actitudes y expectativas, evitando así, los conflictos."²¹ A través de esta función, el Derecho debe estimular el comportamiento jurídico e imponer el comportamiento distinto, con el fin de evitar o limitar los conflictos.

Cabe advertir que, la función en cuestión deriva directamente del carácter persuasivo de las normas jurídicas, las que tratan de incidir, condicionar y persuadir a los miembros de un grupo social para que orienten sus comportamientos en el sentido propuesto por los esquemas o modelos normativos de su sistema jurídico.

²⁰ FERRARI, *Op. Cit.*, p. 11.

²¹ LLEWELLYN, K.N. citado por ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, España, Editorial Universidad Carlos II, 1996, p. 13.

Vincenzo Ferrarí señala a esta función como "... la posibilidad de dirigir a una multitud de personas relativamente interdependientes hasta el cumplimiento de una multitud de modelos relativamente coherentes y universales, es decir, capaces de sugerir decisiones sobre cualquier dilema de conducta que pueda presentarse en la Interacción social."²² Es decir, el Derecho se configura, a través de esta función, en un instrumento de persuasión.

La función de orientación social se realiza mediante modelos normativos generales, abstractos, universales y coherentes. Lo cual implica que, mediante esta función, el Derecho proporciona también estabilidad en los modelos normativos, así como seguridad jurídica, en cuanto que los actores sociales pueden conocer y prever los efectos de sus propios comportamientos y de los comportamientos ajenos, y planificar, así su interacción social.

Por tanto, una consecuencia importante de la función de regulación u orientación social es la calculabilidad y previsibilidad, que el sistema jurídico proporciona a los sujetos en su actuación social.

La función reguladora del Derecho, que debe producir esa seguridad jurídica, se halla bajo cuatro ideas base que podrían designarse como los principios formales de la justicia, a saber:

- La idea de reciprocidad.
- La idea de duración.
- La idea de definición de los roles sociales.
- La idea del equilibrio de intereses.

Todas estas ideas remiten al principio organizativo del Derecho, que es la expresión práctica de la función de regulación y orientación social. En síntesis, organizar la vida social y prevenir conflictos son las consecuencias prácticas

²² FERRARÍ, *Op.Cit.*, p. 133.

inmediatas de esta función social del Derecho, que hemos denominado como función de regulación y orientación social.

1.2.2.2. Tratamiento de conflictos declarados.

Sobre este punto en particular, nuevamente consideramos conveniente citar lo que al respecto señalan los autores André-Jean Arnaud y María José Farías Dulce quienes advierten lo siguiente: “el Derecho resuelve, arregla, soluciona los posibles conflictos, que puedan perturbar el equilibrio y el orden social. Si lo que caracteriza al sistema social es la cohesión social en unos valores fundamentales, entonces, el Derecho tiene por misión restituir la paz social y el equilibrio, cuando éstos se ven perturbados por conflictos de intereses. Esto implicaría, a su vez, que el conflicto se produce siempre bajo el control del sistema jurídico.”²³

Sin embargo, el definir con exactitud esta función sociológica del Derecho no resulta simple, toda vez que muchos de los autores consultados para la elaboración de este inciso capitular, se basan en una perspectiva epistemológica subjetivista, en la cual concluyen que el conflicto es algo permanente en el funcionamiento de la sociedad, es decir, que la Interactuación social es inevitablemente conflictual, y para estos casos el Derecho no resuelve los conflictos en el sentido funcionalista, ya que el conflicto no desaparece del contexto social, sino que a lo único que puede aspirar el Derecho es a dar un tratamiento jurídico de posibles conflictos de intereses antagónicos entre las partes.

Ante la situación anteriormente planteada, Ferrari es de los pocos doctrinarios que no coincide en nombrar a esta función como la resolución de conflictos, sino que prefiere hablar de la función de tratamiento de conflictos declarados, toda vez que el Derecho “... ofrece o impone reglas, es decir, modelos

²³ ARNAUD y FARIÑAS DULCE, *Op.Cit.*, p. 133.

de comportamiento inherentes a la decisión que sugiere el conflicto y a las modalidades en que puede ser adoptada dicha decisión.²⁴

La alusión a los conflictos declarados se debe a que el Derecho actúa, cuando la capacidad persuasiva de sus normas reguladoras de comportamiento ha fallado, y los sujetos interesados han llegado a la conclusión de que por sí solos no pueden alcanzar un punto de acuerdo.

Es aquí, en donde el Derecho brinda normas para encauzar los conflictos, hace suyo el conflicto, ofreciendo un tentativo tratamiento del mismo y manteniendo el conflicto bajo control. Bajo esta posición, el Derecho no es, por tanto, un orden de paz, sino que el Derecho vive del y en el conflicto. Si los conflictos sociales desaparecieran radicalmente, desaparecería también el Derecho.

Por su parte, desde el punto de vista del funcionalismo objetivista tenemos que se considera que el Derecho no sólo tiene una capacidad integradora de los conflictos sociales, sino que puede también jugar un papel disgregador. Lo anterior se refiere a que el Derecho no sólo resuelve conflictos, en el sentido tradicional del término, sino que también puede originarlos.

Por último, bajo un planteamiento sociológico es necesario precisar como en los últimos tiempos han ido surgiendo instancias o sujetos extrajurídicos (que en el caso sociológico concreto son: el medlador, el conciliador de oficio, el árbitro y el juez público) que intervienen en la resolución de la interacción conflictual. Son lo que se denominan formas alternativas de resolución de conflictos; es decir, sujetos y órganos que compiten con los órganos y sujetos designados formalmente por el Derecho para la resolución jurídica de los conflictos.

²⁴ FERRARI, *Op. Cit.*, p. 165.

1.2.2.3. Legitimación del poder.

Antes de entrar propiamente en materia, consideramos necesario verter nociones generales sobre lo que es la legitimación. A este respecto, tenemos que el vocablo 'legitimidad' proviene de '*legítimo*' que, a su vez, deriva del latín *legitimus*. El adjetivo latino *legitimus*, en el lenguaje común, significa 'conforme con las reglas 'bien construido'. En la literatura jurídica *legitimas* significa: 'conforme a derecho', 'justo'. En este sentido se habla de *legitima poena* ('pena conforme a derecho'); *legitimum impedimentum*: ('impedimento establecido por el derecho'); *legitimae controversiae* ('controversias o litigios legítimos').

De esta forma tenemos que 'legitimación', desde los tiempos clásicos, significa: 'con arreglo a derecho', 'jurídicamente establecido', 'fundamentado jurídicamente', implicando siempre 'lo justo', 'lo correcto', 'lo (jurídicamente) justificado'.

Los usos dogmáticos de 'legitimidad' (o 'legitimación') y 'legalidad' se vieron fuertemente afectados por los usos que estos términos tuvieron en el campo de las ideas políticas. En un principio, como se sigue de su etimología y de su significado originario, quien dice 'legitimidad' quiere decir 'conforme a derecho' y éste es el significado primordial y persistente de 'legalidad'. De esta forma tenemos que ambos términos son, en principio, equivalentes o sinónimos. No obstante cabe señalar que, en la literatura jurídica, hace tiempo se aprecian ciertos matices. Quien piensa en 'legitimidad', alude a justificación, 'legitimidad' sugiere la búsqueda de un fundamento. 'Legalidad' por su parte, si bien no excluye esta idea de justificación o fundamento, parece referirse primordialmente a la conformidad: las acciones (este es el requerimiento que presupone la obligatoriedad del derecho) deben conformarse con las disposiciones jurídicas establecidas.

Ahora bien, tratando de relacionar los temas de legitimación y poder social, tenemos que tomado del lenguaje jurídico el concepto de legitimidad se convierte en uno de los temas centrales de la filosofía política. Particularmente importantes fueron los trabajos de Max Weber (1864-1920) sobre los tipos de poder legítimo.

En un sentido histórico ideológico 'legalidad', en comparación con 'legitimidad' es una noción reciente. 'Legalidad' deriva de 'ley'. 'Legal' literalmente significa: 'conforme con la ley y, por extensión: conforme a derecho' o, simplemente: 'lícito'. Por tanto, 'legalidad', parece sinónimo de 'legitimidad' que, etimológicamente muestra el mismo origen: "conforme al derecho".

El problema de la legitimidad depende históricamente de lo que significa (o ha significado) 'poder legítimo'. Desde las teocracias primitivas hasta las modernas democracias parlamentarias la cuestión del poder legítimo ha tenido diferentes respuestas (quizás opuestas). Todas estas respuestas contienen los requerimientos o condiciones que, satisfechos, otorgan un justo título, un fundamento justo, al detentador del poder.

Tanto "legitimidad" como "legalidad" son predicados dados al poder, por ejemplo, a la acción política, a actos de la administración. Como hemos visto, en el lenguaje de los juristas estos términos, en ocasiones, se usan como sinónimos (en el sentido de la expresión 'conforme a derecho'). Sin embargo, estos términos son habitualmente usados para nombrar distintas condiciones, para hablar de la conformidad *ex iure* de una acción o de un comportamiento:

1. La titularidad. Un individuo está investido o facultado para hacerla.
2. El procedimiento. El individuo (el cual es titular del poder) la realiza de conformidad con las reglas y los límites establecidos. El término 'legitimidad' se aplica, por lo general, a la primera condición; el término 'legalidad' a la segunda.

En este sentido se predica de quien está facultado o tiene el derecho que 'detenta legítimamente el poder'. La legitimidad es el requisito de la titularidad del poder. La legalidad lo es de su ejercicio. Cuando se exige que un poder sea legítimo se requiere que quien lo detenta tenga un *iustus titulus*. La *auctoritas ex iusto titulo* es el fundamento de la facultad de mandar del poder público y, al mismo tiempo, el fundamento del deber de obediencia del súbdito. Cuando se invoca la legalidad, se alude al hecho de que el poder sea ejercido de conformidad con el procedimiento establecido.

Abundando sobre este punto en particular, tenemos que el Derecho puede servir para legitimar las decisiones de quienes tienen capacidad y poder para tomarlas, los cuales buscan en el Derecho, la justificación, la legitimidad y la aceptación y el consenso en torno a ellas. Es concebida como la función que sirve para distribuir y organizar el poder autoritario de decisión en los casos de conflicto.

Así también, la función de legitimación del poder social puede ser interpretada de forma más profunda, bajo los siguientes lineamientos: Toda persona que pueda tener capacidad de decisión en un momento dado (no sólo las autoridades y órganos de Jurisdiccionales, sino también los Individuos) acude al Derecho en busca de aceptación, legitimación y consenso para sus actuaciones y decisiones.

Para legitimar y justificar nuestras propias acciones y decisiones se pueden invocar diferentes sistemas normativos, y uno de ellos naturalmente, es el Derecho. Nuevamente, creemos oportuno citar las ideas del especialista en la materia, Vincenzo Ferrari²⁵ quien adopta las anteriores nociones, sin embargo, distingue dos momentos del desarrollo de dicha función:

- La legitimación de las personas que emiten los mensajes jurídicos, conseguida mediante normas de competencia y procedimentales. El

²⁵ *Ibidem*, pp. 197 a 219.

Derecho cumple la función de legitimar a las estructuras y a los órganos del grupo social.

- La legitimación de las acciones de los destinatarios de los mensajes jurídicos. En este caso, el Derecho es un argumento que sirve para procurar una situación de ventaja al actor mediante el consenso procurado por su actuación.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que los fines del derecho son la armonía en la sociedad, ya que tiene como interés primordial la resolución de los conflictos de intereses de las personas, lograr la equidad social.

CAPÍTULO 2 LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO FUNCIÓN DEL DERECHO

2.1. Formas de solución de la conflictiva de intereses desde la Teoría del Proceso.

2.1.1. Autotutela.

Cipriano Gómez Lara destina una breve parte de estudio en sus obras "Teoría General del Proceso" y "Derecho Procesal Civil", aduciendo que: "... hemos preferido utilizar el vocablo autotutela, en vez de la voz autodefensa, porque ya el mismo Alcalá-Zamora ha indicado que la primera no es suficientemente expresiva para designar el fenómeno que estudiamos (...), es indudable que aparece como forma egoísta y primitiva de solución. En ella, el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, por su destreza, por su habilidad, la solución al contrario. Por lo tanto el litigio se resuelve no en razón de a quién asista el derecho, en función de quién es el más fuerte o el más hábil. Es una forma primitiva, cercana a la animalidad. En rigor, es una forma animal de solución de la conflictiva, pues en las soluciones de animales, precisamente los conflictos entre ellos, parecen resolverse básica y predominantemente a través de la autotutela."²⁶

Así entonces, la autotutela o autodefensa es la manera más primitiva de zanjar las dificultades entre los hombres. Se trata de una manifestación reiterada a lo largo de los siglos de que las pugnas de intereses se resuelven con la victoria del más fuerte, del más poderoso, del más violento, hábil o inteligente; pero, adviértase que no hemos empleado ningún concepto valorativo o jurídico de que el vencedor sea el que tenga la razón o la justicia.

²⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano. "Teoría General del Proceso", 3ª reimpresión, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 27.

Ello no supone que esa estimativa y legalidad se excluyan; en efecto, ocasionalmente podrá solucionarse el litigio favoreciendo al justo o al que el Derecho otorga la razón; más no será lo frecuente, sino lo excepcional, recuérdese como hasta dentro de los intentos de definición de la justicia, aparece el de la ley del más fuerte; y, así, "hacerse justicia por propia mano", o la "tutela arbitraria de los propios derechos", son en repetidas ocasiones venganzas, signos de rencor y violencia, que conducen no a una solución, sino a un "remedio" peor que la enfermedad que se trataba de aliviar.

"Lo anterior ha hecho que la autotutela haya sido paulatinamente proscrita de los ordenamientos jurídicos, por representar una fórmula agresiva y peligrosa que impone el sacrificio del interés ajeno y que fuese calificada de solución económica, materialista, con el germen de la disgregación que se realiza a través de la fuerza, a la que fácilmente recurre uno u otro de los interesados, o ambos a la vez, para hacer que prevalezca el interés propio sobre los otros. Cuando se emplea con tal finalidad, es justo dar a la fuerza el nombre de violencia".²⁷

Resulta importante mencionar que en nuestro país, la prohibición de la venganza privada o autodefensa se ha elevado al rango constitucional, según establece el contenido del artículo 17 de la Constitución Política Federal que textualmente señala que: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho ...".

2.1.2. Autocomposición.

Considerada como la segunda forma de solución de los conflictos de intereses. A este respecto, el autor italiano Francesco Carnelutti²⁸, le da dos connotaciones:

²⁷ COUTURE, Eduardo J. "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*", Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, S.A., 1966, p. 59.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. "*Instituciones de Derecho Procesal Civil*"; Buenos Aires, Argentina, traducción Santiago Sentís Melendo, Editorial UTEHA, S.A., 1969, p. 87.

a) **Autocomposición en sentido lato.**- Es la solución que al conflicto de intereses (litigio, caracterizado por la pretensión de una de las partes, frente a la resistencia de la contraparte) proporciona uno o los dos contendientes; dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho material.

b) **La autocomposición genérica.**- Se subdivide en autodefensa y autocomposición, ahora se usa el término en sentido restringido, y es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio; arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial).

Por su parte, el maestro Eduardo Pallares señala que la autocomposición "... es el acto jurídico por virtud del cual las partes en un litigio lo componen, sin necesidad de acudir a los tribunales, sino por medios diversos como son la renuncia, el reconocimiento, la transacción, la conciliación, el juicio arbitral y los convenios judiciales."²⁹

La autocomposición también es calificada por algunos tratadistas como una actitud parcial (de parte interesada) y altruista: del atacante en el caso de la renuncia de la acción procesal; o del atacado, en la hipótesis del allanamiento, o de ambas partes, en la situación de la transacción. Por ello se habla de autocomposición unilateral (en la renuncia de la acción y en el allanamiento) y de bilateral (en la transacción), como se verá a continuación:

²⁹ PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", México, 24ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1998, p. 110.

2.1.2.1. Unilateral.

2.1.2.1.1. Desistimiento.

"La palabra proviene del latín *desistere* que en términos genéricos se refiere al acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia o de no continuar el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho o la realización de cualquier otro trámite de un procedimiento iniciado."³⁰

Así pues, el desistimiento consiste en la renuncia de la parte actora a las actuaciones del procedimiento o a su pretensión, obligando a quien lo haga a pagar costas, daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario. El desistimiento puede ser de tres tipos:

a) **De la demanda:** Produce el efecto de dejar las cosas en el estado que tenían antes de la presentación de aquélla. En el caso de que se realice con posterioridad al emplazamiento, se necesita el consentimiento del demandado.

b) **De la acción:** Extingue los derechos sustantivos de quien lo realiza, por lo que no puede iniciar un nuevo proceso. Así entonces, este tipo de desistimiento extingue la relación jurídico-procesal, porque quien la haya intentado deja sin efecto legal alguno su propósito inicial. Puede sin embargo variar la intención del reclamante, según el estado que guarde el procedimiento o la clase de juicio de que se trate: civil, mercantil, penal o de trabajo. Desistida la acción y aceptada la circunstancia de abandonar los medios de obtener determinados efectos jurídicos para el momento en que deba pronunciarse la sentencia, el resultado produce la inexistencia del juicio y la situación legal se retrotrae al estado en que se encontraban las cosas antes de iniciarse el pleito.

³⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "*Diccionario Jurídico Mexicano*", Tomo II, D-H, México, Editorial Porrúa, S.A., 1998, p. 1100.

El **desistimiento de la acción** extingue la relación jurídico-procesal, porque quien la haya intentado deja sin efecto legal alguno su propósito inicial. Puede sin embargo variar la intención del reclamante según el estado que guarde el procedimiento o la clase de juicio de que se trate: civil, mercantil, penal o de trabajo. Desistida la acción y aceptada la circunstancia de abandonar los medios de obtener determinados efectos jurídicos para el momento en que deba pronunciarse la sentencia, el resultado produce la inexistencia del juicio y la situación legal se retrotrae al estado en que se encontraban las cosas antes de iniciarse el pleito.

Ahora bien, independientemente de la clasificación que se ha adoptado por los juristas, todo desistimiento de una acción trae aparejadas las siguientes consecuencias: a) con relación al derecho, la no afectación de éste, ya que el mismo subsiste como obligación natural. Puede haber desistimiento de la acción sin que ello implique renuncia a un derecho aun cuando no se demuestre tal derecho en un momento dado; b) respecto de la cosa juzgada la existencia de esta figura jurídica resulta inoperante, por carecer la misma de fundamento legal para producir efectos en tales situaciones; c) tratándose de la excepción de litis pendente no procede su alegación en un nuevo juicio, toda vez que al haber concluido el pleito anterior, surtió efectos el desistimiento de la acción que se intentó; d) las medidas precautorias quedan sin efecto alguno porque al abandonarse la acción todas las diligencias cautelares carecen de cualquier justificación que pudiera alegarse, y e) no puede haber ninguna retractación, ya que al admitirse el desistimiento se da por concluida toda relación procesal entre los litigantes y cualquier pretensión posterior queda sin materia.

c) **De la Instancia:** Implica "... que ya el demandado hubiere sido llamado al juicio y entonces, se requerirá su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor."³¹ Así entonces, el desistimiento de la instancia distinto del de la acción, sólo produce la renuncia de los actos procesales realizados, ya que

³¹ GÓMEZ LARA, *Op. Cit.*, p. 36.

iniciada aquélla, o sea la acción, lo único que ocurre, es que se suspende el procedimiento, por convenir al interés del demandante su abandono, para conservar un derecho y dejar subsistente la posibilidad de exigirlo en un nuevo proceso con elementos distintos.

En otras palabras, el desistimiento de la instancia implica solamente la renuncia de los actos del proceso y deja subsistente la pretensión del actor, pero siempre que lo admita el demandado. En estos casos las cosas vuelven asimismo al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, pero quien desiste está obligado a pagar a la contraparte las costas y los daños y perjuicios que se causaren, salvo convenio en contrario.

Por su parte, el autor James Goldschmidt considera que existen cuatro tipos de desistimiento, definiéndolo a su vez "... como un acto de autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso; para ellos constituye uno de los modos extraordinarios, diferentes de la sentencia, por medio del cual se puede poner fin a la pretensión planteada. Entiende por desistimiento, en términos generales, la renuncia de la parte actora a los actos procesales o a su pretensión litigiosa, y distingue de las ya mencionadas, las siguientes formas en que puede presentarse:

Desistimiento del derecho, y

Desistimiento de un acto del procedimiento.³²

El **desistimiento de la instancia**, distinto del de la acción, sólo produce la renuncia de los actos procesales realizados, ya que iniciada aquella, o sea la acción, lo único que ocurre es que se suspende el procedimiento, por convenir al interés del demandante su abandono para conservar un derecho y dejar subsistente la posibilidad de exigirlo en un nuevo proceso con elementos distintos.

³² GOLDSCHMIDT, James. "*Principios Generales del Proceso*", Volumen 1, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 57.

En otras palabras, el desistimiento de la instancia implica solamente la renuncia de los actos del proceso y deja subsistente la pretensión del actor, pero siempre que lo admita el demandado. En estos casos las cosas vuelven asimismo al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, pero quien desiste está obligado a pagar a la contraparte las costas y los daños y perjuicios que se causaren, salvo convenio en contrario.

A continuación, explicaremos con brevedad cada una de estas formas:

El **desistimiento del derecho** es la abdicación de la pretensión jurídica e implica la renuncia de la acción y la continuación de los trámites del procedimiento, ya que las actuaciones correspondientes no podrían llevarse adelante si se carece de sustentación legal, que es el principio y fin de toda controversia. Muy discutible ha sido entre los autores de la materia el posible desistimiento de un derecho, por presentarse situaciones en las que éste resulta irrenunciable. Así, por ejemplo, el numeral 5° de la Ley Federal del Trabajo señala que siendo las disposiciones en ella contenidas de estricto orden público no producirá efecto legal alguno, ni impedirá el goce del ejercicio de los derechos, cualquier estipulación escrita o verbal que establezca renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos consignados en las normas de trabajo

Por lo que respecta al desistimiento de la acción se aclaró que se extingue éste aun cuando no lo consienta el demandado, con base en el principio de que no puede procederse más allá de las pretensiones del interesado. Se trata por lo mismo de un desistimiento cuyos efectos son totales, en tanto que el desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. La sanción para quien desista con posterioridad al emplazamiento obliga a quien lo hace al pago de costas, daños y perjuicios, salvo convenio en contrario.

Lo anterior da pauta para agregar que es frecuente, más que el desistimiento de la acción o de la instancia, el desistimiento de determinados actos procesales, en los casos en que una de las partes con el propósito de agilizar el procedimiento y concluir la instrucción del mismo por el juez, renuncia a un privilegio o actuación para permitir la continuación del juicio, o evitar la presentación de incidentes que lo prolonguen. Esta situación se presenta cuando alguna de las partes desiste del desahogo de una prueba y ajusta el resultado del proceso al contenido de los demás que hayan sido ofrecidas y desahogadas.

2.1.2.1.2. Allanamiento.

Generalmente este vocablo recibe dos significados en las disciplinas jurídicas. Por una parte, en el campo procesal, como allanamiento a la demanda, y, por otra en el derecho penal, como allanamiento de morada.

Desde una perspectiva procesal existen diferentes vertientes en el sentido de que el allanamiento a la demanda es una actitud que puede asumir el demandado capaz a una demanda judicial en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama.

Sin embargo, esta posible contestación del reo a la demanda, es una fórmula autocompositiva unilateral (solución al litigio, parcial dada por una de las partes, en la que se ofrece el sacrificio del interés propio) y en la que el arreglo se obtiene por la extinción de la fuerza procesal de resistencia, al tornar llano (sin obstáculos) el camino del actor. Esto ocurre si los elementos importantes de una demanda son admitidos o sólo en algunos aspectos, al allanarse; es decir, si se contesta admitiendo cabalmente los hechos, el derecho y la pretensión.

Es menester advertir que el allanamiento de la demanda, puede ser total o parcial, según que el demandado admita la demanda en todas sus partes; o, bien, si sólo se somete a ciertos hechos, derechos y pretensiones del actor.

En el ámbito procedimental civil para el Distrito Federal el numeral 274 ordena lo siguiente: "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271".

Así entonces, el allanamiento total consiste en conformarse con la totalidad de las pretensiones del actor y trae como consecuencia que se cite a las partes para dictar sentencia; se elimina la etapa de pruebas y alegatos, ya que no llega a integrarse la litis.

2.1.2.2. Bilateral.

2.1.2.2.1. Amigable composición.

La amigable composición constituye únicamente una actividad conciliadora de un tercero ajeno, el cual es aceptado por las partes en conflicto como mediador para que procure conciliar los intereses en desacuerdo.

Los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara consideran que la amigable composición se refiere a un "... arreglo de un conflicto de intereses existentes entre particulares de acuerdo con el leal saber y entender de amigables compondores designados al efecto por los interesados."³³

Abundando sobre la amigable composición tenemos que Cipriano Gómez Lara³⁴ atinadamente señala que aunque comúnmente se confunde la figura que ocupa nuestra atención en este inciso con el arbitraje, toda vez que la primera no

³³ PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho", México, Editorial Porrúa, S.A., 30ª edición, 2001, p. 78.

³⁴ GÓMEZ LARA, *Op. Cit.* pp. 182 y 183.

tiene vida ni entidad propia, ya que si triunfa, lo que logra es avenir a las partes, es decir, consigue que llegue a adoptar alguna solución autocompositiva; pero si la amigable composición fracasa, no se soluciona ningún tipo de conflicto.

Por su parte, el arbitraje no sólo constituye una anuencia para que un tercero intervenga como conciliador o amigable componedor, sino que esa anuencia va más adelante hasta constituir un compromiso para que un tercero ajeno e imparcial actúe como juez privado y dicte una resolución (laudo) a manera de sentencia anticipada por las partes. En esta afirmación radica la diferencia fundamental entre el arbitraje y la amigable composición.

Otra diferencia entre las figuras jurídicas en cuestión, reside en que la amigable composición resulta ser tan sólo un antecedente histórico del segundo. Así pues, tanto la amigable composición como la conciliación históricamente constituyen figuras intermedias entre la autocomposición y la heterocomposición. Es decir, que entre las formas de solucionar unilateralmente y bilaterales que las propias partes encuentran por sí mismas (desistimiento, allanamiento y transacción) y, por otra parte, las formas heterocompositivas impuestas a las partes por un tercero (arbitraje y proceso), hay un estado intermedio constituido precisamente por la amigable composición y por la conciliación.

2.1.2.2.2. Conciliación.

La conciliación tiene amplia aplicación jurídica. Forma parte importante del Derecho Procesal del Trabajo, pero también del Derecho Civil y del Derecho Internacional Público, en donde ha alcanzado también categoría de instancia obligatoria; y actualmente la de instituciones de carácter voluntario u obligatorio en controversias que se presentan en una amplia gama de actividades relacionadas con instituciones bancarias, instituciones de seguros, defensa del consumidor o protección de personas y menores.

Una vez señalado lo anterior, encontramos que la noción que se tiene con respecto a la conciliación es de que consiste "... en el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas."³⁵

Sin embargo, para Cipriano Gómez Lara la conciliación "... es una figura que no tiene vida propia, pues si llega a triunfar, es decir si a través de la conciliación se resuelve el litigio, entonces llegaríamos a figura autocompositiva; y, si fracasa el intento conciliador, entonces ya una conciliación frustrada no vendría a ser un equivalente jurisdiccional."³⁶

De igual manera, el autor español Niceto Alcalá-Zamora³⁷ no le presta mayor atención a la conciliación desde una perspectiva procesal, y la descarta de los equivalentes jurisdiccionales, porque, o fracasa, y no resuelve nada, o prospera, y no puede desembocar más que en alguna de las tres formas de autocomposición ya referidas en este trabajo de investigación. Pero, dicho jurista realza la importancia de la figura en comento, al establecer que desde el punto de vista de su desarrollo la conciliación se puede combinar con el proceso y ordenarse de tal manera que presente ciertos ribetes autodefensivos.

Así entonces, la conciliación se ha venido considerando, en general, como procedimiento de jurisdicción voluntaria, y, además en ninguno como en ella se percibe la finalidad preventiva que diversos autores estiman rasgo distintivo de aquélla. Sin embargo, no falta quien la contemple como proceso ni, sobre todo, quien afirme su naturaleza contenciosa.

³⁵ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. "*Principios de Derecho Procesal Mexicano*", México, Editorial Trillas, 1995, p. 49.

³⁶ GÓMEZ LARA, *Op. Cit.*, p. 26.

³⁷ ALCALÁ ZAMORA, Niceto. "*Proceso, autocomposición y autodefensa*", Vol. 2, México, Editorial Jurídica Universitaria, S.A., 2001, p. 83.

Para resolver el problema de la conciliación, hay que tener muy en cuenta dos aspectos de la misma: el momento en que recae y el resultado que aporta. En atención al momento, la conciliación (sea obligatorio o facultativo el intento de celebrarla) puede ser preprocesal o intrapprocesal; en cuanto al resultado, cabe que sea positivo (avenencia) o negativo (desavenencia expresa o bien ficta, en caso de incomparecencia).

La conciliación preprocesal positiva evita el proceso contencioso; la negativa, tampoco desemboca fatalmente en él, en todo caso, el juez desempeña en ambos un papel mediador y no de juzgador, y resulta, por consiguiente ilógico atribuir a un procedimiento ayuno de decisión jurisdiccional y que tiene precisamente por objeto destacar la naturaleza de jurisdicción contenciosa.

Cuando la conciliación es intrapprocesal positiva (la negativa no interesa, porque continuaría el proceso), se produce durante el desarrollo de un proceso contencioso, pero sin que esta circunstancia baste para imprimirle tal carácter, porque falta asimismo la decisión jurisdiccional.

En este último caso, el proceso contencioso, en lugar de concluir por sentencia, se extingue en forma autocompositiva, del mismo modo que cuando las partes le ponen término mediante transacción (aclarando que la conciliación será con frecuencia transaccional) que no por ello sería ilícito incorporar a la jurisdicción contenciosa.

De igual manera, el autor Francisco José Contreras Vaca le manifiesta una importancia considerable a la conciliación al señalar que ha tenido "... un amplio desarrollo en el área jurídica, ya que es una vía para dar solución a las controversias internacionales y en el orden interno, una etapa importante,

autónoma y obligatoria, principalmente dentro de los procesos laborales y civiles, con la finalidad de coadyuvar a dirimir los conflictos entre particulares.”³⁸

2.1.2.2.3. Mediación.

Este punto se abordará ampliamente en el Capítulo 4

2.1.3. Heterocomposición.

Doctrinalmente es concebida como la “... resolución de un conflicto de interés por el órgano jurisdiccional competente en un caso concreto. Vocablo que proviene del griego *hétéro*, otro, y el castellano composición. Conclusión anormal de un litigio por intervención de un tercero, sea un particular o una autoridad judicial.”³⁹

Así entonces, resulta válido indicar que la heterocomposición es la resolución de un conflicto de interés por el órgano jurisdiccional competente en un caso concreto. Cabe precisar que la heterocomposición es una forma institucionalizada de solución de conflictos, mediante la intervención de un tercero ajeno al conflicto quien tiene que ser además imparcial al asunto que trate. Las dos figuras características de la heterocomposición son: el arbitraje y el proceso, que a continuación pasamos a mencionar:

2.1.3.1. Arbitraje.

Es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del proceso jurisdiccional.

³⁸ CONTRERAS VACA, Francisco José. “Derecho Procesal Civil”, Vol. 1, México, Editorial Oxford, S.A., 2000, pp. 93 y 94

³⁹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. “Diccionario para Juristas”, Tomo I, A-I, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, pág. 768.

La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la Intervención Judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.

Se debe entender además por arbitraje "... la institución de una justicia privada gracias a la cual los litigios son sustraídos a las jurisdicciones de derecho común, para ser resueltas por individuos revestidos, circunstancialmente, de la misión de juzgarlos."⁴⁰ De este modo, en tanto que los órganos del estado encargados de manera permanente de conocer y resolver los procesos jurisdiccionales tienen delimitada su competencia en la ley, los árbitros (es decir, las personas a quienes se encomienda el conocimiento y la resolución del arbitraje) no son órganos de autoridad del Estado y sólo conocen del litigio o los litigios que las partes acuerdan expresamente someterles. Aun en el caso de que las partes nombren como árbitro a una persona que tenga un cargo público, ésta no podrá, en el desempeño de su función arbitral, hacer uso de la autoridad propia que posea; para ejecutar el laudo o las medidas que dicte con motivo del arbitraje, dicha persona deberá recurrir a la autoridad del juez competente.

Aunque el arbitraje es una vía que desde tiempos muy remotos se empleó para dirimir contiendas de repercusiones jurídicas (al grado de que es citado como el inmediato antecedente del proceso jurisdiccional, por ejemplo en el primer periodo de las acciones de la ley del procedimiento civil romano), en épocas recientes ha cobrado significativa importancia y la frecuencia y, por que no decirlo, la preferencia con que se ve favorecido, especialmente en el orden internacional y en el privado, va en aumento, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que se evita entrar en la avalancha de negocios contenciosos que se ventilan en los tribunales y a la posibilidad de designación de un tercero imparcial, a la vez calificado en su preparación jurídica, en sus condiciones subjetivas y porque no está involucrado ni presionado por el cúmulo judicial.

⁴⁰ OVALLE FAVELA, José. "Derecho Procesal Civil", México, 5ª ed., Editorial Harla, S.A., 1993, p. 350.

Sin embargo, el Estado de derecho es celoso de sus atributos y finalidades, en campos como el penal y otros de carácter público y social, tales como el derecho de recibir alimentos y el divorcio -salvo en sus aspectos pecuniarios-; la nulidad de matrimonio; los referidos al estado civil de las personas -de nuevo con exclusión de los derechos patrimoniales de la filiación legal-, en las que no permite que la justicia sea administrada por los particulares.

El ejercicio de la función jurisdiccional corresponde, en general, a órganos específicos constituidos para este efecto por el Estado; pero esto no es obstáculo para que, en determinadas condiciones el propio Estado conceda a las partes la facultad de constituir, accidentalmente, un órgano especial para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su actividad a la resolución de un caso concreto.

El arbitraje, sin embargo, no tiene la uniformidad de criterio de los procesalistas. Acerca del carácter de esta institución y de su conveniencia práctica los tratadistas exponen las más contrarias opiniones.

El procesalista Hugo Alsina ha señalado que el arbitraje "... es una forma primitiva de la justicia, una etapa inferior, que no se desenvuelve más que cuando la justicia del Estado funciona mal, por lo que es muy lenta y costosa."⁴¹

Por su parte, Joaquín Escriche⁴² estima que tan exagerado es considerar esta institución como un mero vestigio del pasado, como presentarla como una promesa de mejor justicia para el porvenir.

Asimismo, el arbitraje es considerado por algunos procesalistas como una institución de carácter privado en atención al origen (compromiso), que es la voluntad de las partes. Este error depende de la falta de distinción entre el impulso que lo determina y el fin. Las partes renuncian, en el compromiso, al conocimiento

⁴¹ ALSINA, Hugo. "*Fundamentos de Derecho Procesal*", México, Editorial Jurídica Universitaria, 2000, p. 211.

⁴² ESCRICHE, Joaquín. "*Derecho Procesal*", Bogotá de Santa Fe, Colombia, Editorial Temis, 1977, p. 314.

de una controversia por la autoridad judicial; pero no a la resolución justa del conflicto de intereses que ella supone. Lo que hacen es sustituir un órgano por otro.

A su vez, el italiano Giuseppe Chiovenda⁴³ ha negado que los árbitros ejerzan una actividad jurisdiccional. Fúndase, entre otras razones, en que su decisión, en el Derecho italiano, no es ejecutiva. Reconoce, no obstante que el laudo provisto de fuerza ejecutiva mediante la homologación, es equiparado al acto jurisdiccional. Lo que los árbitros hacen, según el autor en comento, es preparar la materia lógica de la sentencia.

En nuestro sistema jurídico, la naturaleza jurisdiccional de la función se deduce de la finalidad que se le atribuye. Cuando, por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el contenido de su numeral 609, concede a las partes "el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral", lo que hace es autorizar la sustitución del juez profesional, que en otro caso sería competente, por jueces no profesionales, designados por las mismas.

Pero los árbitros no hacen en el caso que se les someta cosa distinta de lo que haría el juez profesional que hubiese intervenido de no existir el compromiso de someter la cuestión al juicio arbitral. Los árbitros constituyen un órgano jurisdiccional accidental, integrado por personas encargadas de administrar justicia en un caso concreto.

El árbitro es el titular ocasional de una función pública (la jurisdiccional), y en el cumplimiento de ella, no ejerce actividad de distinta naturaleza de la que corresponde, en sus casos, al jurado, al vocal, patrono u obrero, de un tribunal de trabajo, al de un consejo de guerra o al de un tribunal tutelar de menores, aunque la materia sobre la que recae sea diferente.

⁴³ Citado por SENTÍS MELENDO, Santiago. "Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires, Argentina, Editorial EJA, 1979, p. 29.

De acuerdo a Briseño Sierra "La antigua legislación española reconocía a los árbitros la cualidad de jueces árbitros. La función jurisdiccional no está encomendada actualmente, con carácter exclusivo, en la mayoría de los países, a los jueces profesionales, sino que el ordenamiento jurídico permite en bastantes casos la intervención de jueces no profesionales, no ya letrados, sino hasta legos."⁴⁴

La jurisdicción es, ciertamente, una función del Estado, pero no lo es menos que ésta se ejerza mediante los órganos que se constituyen al efecto, y que entre éstos figuran, en los países en que se admite el juicio arbitral, los que se integran por los árbitros cuando son designados con arreglo a las disposiciones legales pertinentes.

La limitación de la materia propia de la actividad de los árbitros no es razón bastante para privarla del carácter jurisdiccional. El tribunal arbitral no es un tribunal permanente y el hecho de que la ley llimite su intervención a determinado número de materias, y a casos singulares, no afecta el carácter de la función, que no depende de su extensión, sino de su objeto.

Es cierto, desde luego, que los árbitros no tienen, rigurosamente, los mismos poderes que los jueces profesionales, pero no lo es que carezcan de los que son indispensables para el ejercicio de la jurisdicción en el caso que se les somete, pues buena prueba de ello es que producen un laudo que no es otra cosa, en último término, que una sentencia a la que si bien algunas legislaciones no conceden fuerza ejecutiva sin la homologación de un órgano judicial, este requisito, y del que se prescinde en muchos países, no puede desvirtuar la verdadera naturaleza de la función de los árbitros.

Retomando el tema del arbitraje como manera heterocompositiva de solución de los conflictos, podemos considerarlo como un antecedente del proceso

⁴⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto. "Derecho Procesal", Vol. I, México, Editorial Cárdenas, 1977, p. 161.

jurisdiccional, tal y como lo manifiesta el autor italiano Francesco Carnelutti quien calificó al arbitraje de equivalente jurisdiccional, porque a través del mismo se obtiene la misma finalidad que mediante el proceso jurisdiccional.

Debe tenerse presente el problema relativo a si el arbitraje existe antes o independientemente del Estado, o si éste, por el contrario, le da vida y lo reglamenta. A este respecto, nuevamente es Cipriano Gómez Lara quien hace un minucioso análisis aseverando que "... hoy en día (al arbitraje) no se le puede concebir sino como reglamentado y tolerado por el Estado en aquellos campos de lo jurídico en que se le puede permitir. En algunos Códigos de Procedimientos, como en el de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, inclusive se encuentran reglas para la tramitación de estos juicios arbitrales.

Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo las ideas de Chiovenda, ha negado el carácter jurisdiccional al arbitraje. Repligiendo incluso las palabras de dicho autor ha afirmado que, como consecuencia del compromiso arbitral, "... se sustituye el proceso como algo afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro caso se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia ni delegada; las facultades que usa se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y, aun cuando la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo por la mediación de un acto realizado por la intervención de un órgano jurisdiccional que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas previstas por la ley ..."⁴⁵

⁴⁵ Semanario Judicial de la Federación, Suplemento de 1933, p. 852.

En conclusión, nos parece que siguen válidas las ideas expuestas por Chiovenda, las cuales han sido aceptadas por la mayor parte de las doctrinas y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es evidente que el árbitro es sólo un particular facultado para resolver el litigio, por el acuerdo celebrado por las partes conforme a la ley. Pero este acuerdo de las partes no puede proveer al árbitro de una de las funciones exclusivas del Estado, como lo es la jurisdicción. El árbitro no es una autoridad, pues carece de *coertio*, para imponer las determinaciones que dicte durante el arbitraje, y de *executio*, para imponer coactivamente el laudo. Éste no posee la fuerza ejecutiva propia de la sentencia. Si bien es uno de los supuestos de la vía de apremio, el juez todavía debe otorgarle un cierto reconocimiento antes de ordenar su ejecución. Sólo hasta entonces se equipara a una sentencia.

2.1.3.2. Proceso.

La palabra “proceso” implica la existencia de un conjunto de fases sucesivas, las cuales pueden ser muy variadas. Sin embargo, en todos los procesos de carácter judicial se han mantenido principios rectores que los unifican, por lo que no podemos referirnos a procedimientos autónomos, sino a una teoría general del proceso.

Cabe indicar que en la doctrina y legislaciones nacionales el término juicio se utiliza como sinónimo de proceso, siendo más frecuente la primera expresión. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente tesis jurisprudencial: “La Suprema Corte tiene establecido, en diversas ejecutorias, que por juicio, para los efectos del amparo, debe entenderse el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva”.⁴⁶

⁴⁶ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. 1917-1985. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tercera Sala. Tesis No. 168, pág. 508.

Asimismo, es importante destacar que en sentido estricto la palabra juicio también se ha utilizado para designar solamente al acto más importante del proceso: la sentencia.

De acuerdo con estas consideraciones, en el Derecho Mexicano el término proceso o juicio puede definirse como "... la secuela ordenada de actos de Derecho Público realizados con intervención del juez en uso de la facultad Jurisdiccional delegada por el Estado, en donde la parte actora expone al juzgador sus pretensiones y la demandada sus defensas o excepciones, teniendo los contendientes la oportunidad de acreditar sus afirmaciones y alegar, a efecto que el tribunal obtenga los elementos de convicción que considere suficientes para emitir su fallo o juicio en una sentencia que resuelva la controversia en forma vinculativa para los contendientes, ya sea declarando la existencia o resolución de un derecho, constituyendo un nuevo estatus jurídico o condenando a hacer, abstenerse o entregar alguna cantidad de dinero o cosa, la cual una vez considerada firme, debe ejecutarse coactivamente en sus términos, para impartir justicia y lograr la plena eficacia del derecho."⁴⁷

Por su parte, Cipriano Gómez Lara considera que "... el proceso viene a ser un instrumento para solucionar ciertos tipos de conflictiva social, es decir, se quiere ver al proceso un instrumento de solución de conflictiva social, que permita el mantenimiento del equilibrio de las relaciones jurídicas contrapuestas que por su choque, entre ellas, amenazan la paz social."⁴⁸

Así también, se considera que el proceso es la forma más institucional y evolucionada de solución de la conflictiva social, que como ya tratamos de explicar constituye el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto final de aplicación estatal

⁴⁷ ALSINA, *Op. Cit.*, p. 151.

⁴⁸ GÓMEZ LARA, *Op.Ccit.*, p. 18.

de una ley general al caso concreto controvertido, para dirimirlo o para solucionarlo, es decir al acto por el cual se sentencia.

Muchas cuestiones han quedado substraídas al arbitraje, o a la posibilidad de ser solucionadas mediante pactos, acuerdos, renunciadas o desistimiento de las partes. Es aquí cuando el proceso se hace necesario y, a veces, indispensable e insustituible. Así por ejemplo el proceso penal, que es necesario para que se aplique la ley penal, aun en los casos de autotutela, en que debe abrirse ese proceso penal para calificar la legitimidad de la actitud autotutelar. Pero, podemos imaginar muchos otros casos en que la conflictiva social sólo puede ser resuelta a través del proceso, simplemente basta pensar en los múltiples conflictos de carácter familiar, como son los divorcios, las cuestiones del estado civil de las personas, los juicios de alimentos, etc.

Así entonces, resulta válido concluir afirmando que la finalidad de todo proceso es solucionar o resolver el litigio, sin perjuicio de que, a través del mismo proceso se obtenga una declaración sobre la certeza de determinado derecho; o de determinada situación, amén de otras consecuencias de tipo constitutivo o de tipo condenatorio que la solución del litigio traiga aparejadas.

Para resolver los conflictos en nuestra sociedad, existen diversos medios de solución como son la autotutela, la autocomposición, la demanda, la amigable composición, la conciliación, la mediación, la heterocomposición, por mencionar algunos, estas formas de solución de conflictos, pueden ser utilizadas aunque no estén expresamente reguladas en nuestro derecho.

CAPÍTULO 3 MARCO LEGAL EXISTENTE EN MÉXICO RESPECTO DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN

3.1. Fundamento constitucional sobre el acceso a la justicia como garantía.

El numeral 17 de nuestra Constitución Política Federal, a la letra dice:

"Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil."

Este artículo de nuestra Norma Suprema "... establece tres garantías de seguridad que se traducen, respectivamente, en un derecho público subjetivo individual propiamente dicho, en un impedimento o prohibición que se impone a los gobernados y en una obligación establecida para las autoridades judiciales. Evidentemente que en los últimos casos apuntados, tanto la prohibición decretada a los particulares como el deber impuesto a los tribunales, se revelan correlativamente en sendos derechos públicos subjetivos individuales para el gobernado, pero no consignados éstos en forma directa como en la primera hipótesis."⁴⁹

⁴⁹ BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, México, 24ª ed., Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 634.

La primera garantía de seguridad jurídica que encontramos en el artículo 17 constitucional está concebida en los siguientes términos: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Esta garantía no viene a ser sino la corroboración o confirmación del principio jurídico *Nullum delictum, nulla poena sine lege*. En efecto, de acuerdo con él, solamente un derecho reputado por la ley como delito puede ser considerado como tal y, en consecuencia, ser susceptible de sancionarse penalmente.

Por ende, una deuda proveniente de un acto o relación jurídicos civiles en sí mismos, esto es, no estimados por la ley como delictuosos, no pueden engendrar una sanción penal (como es la privación de libertad), ya que ésta se reserva a los delitos, es decir, a los hechos reputados legalmente como tales. Bajo este aspecto, el artículo en cuestión viene a confirmar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal en el sentido de que sólo podrá aplicarse una pena prevista expresamente por la ley para un determinado delito, o sea, para un hecho calificado legalmente como tal.

La garantía de seguridad de que "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil", nació dentro de los regímenes de derecho paralelamente a la implantación legal del principio *nulla poena nullum delictum sine lege*. En efecto, antes de que se considerara como delito el hecho catalogado como tal por la ley, cualquier acto podía ser reputado como delictivo; consiguientemente, en ausencia de la exigencia de su previa y necesaria tipificación legal, cualquier hecho o sus consecuencias podían ser sancionados penalmente, siendo muy frecuentes los casos registrados en la historia jurídica en que deudas puramente civiles eran saldadas no sólo con la privación de la libertad del deudor, sino aún con la muerte del mismo.

El carácter civil de una deuda, es decir, del aspecto pasivo de una obligación, se debe fijar con posterioridad en cada caso concreto de que se trate, atendiendo, sin embargo, al criterio general de que su origen o procedencia no se

atribuya a un hecho tipificado por la ley como delictivo. De la garantía de seguridad de que tratamos, "el gobernado deriva directamente un derecho subjetivo público, consistente en la facultad de oponerse jurídicamente a cualquiera autoridad estatal que pretenda privarlo de su libertad en virtud de una deuda civil contraída a favor de otro sujeto. La obligación que se establece para el Estado y sus autoridades emanada también de dicha garantía, estriba en la abstención que éstos contraen en el sentido de no privar al titular del derecho subjetivo correlativo (gobernado) de su libertad por una deuda que no provenga de un hecho calificado expresamente por la ley como delictivo."⁵⁰

La segunda garantía de seguridad jurídica que descubrimos en el artículo constitucional en mención consiste en que: "ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho": En términos estrictos, esta disposición constitucional no contiene una garantía individual propiamente dicha. En efecto, ésta se traduce en una relación jurídica existente entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por otro, en virtud de la cual se crea para el primero un derecho subjetivo público y para los segundos una obligación correlativa.

Así entonces, la prevención constitucional de que tratamos, en realidad no sólo establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujeto dos deberes negativos: no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para reclamar su derecho.

Además, de esta obligación negativa, el artículo 17 constitucional, contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquélla, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos.

⁵⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA, *Nuestra Constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano*, Fascículo 9, De las garantías individuales, Artículos 14 al 23, Secretaría de Gobernación, México, 1996, p. 85.

La obligación constitucional que incumbe a toda persona de recurrir a las autoridades del Estado que corresponda en petición de justicia o para hacer respetar sus derechos, constituye el elemento opuesto a la llamada vindicta privada imperante en los primeros tiempos de la Edad Media, bajo cuya vigencia cualquier individuo, sin la intervención de ningún órgano estatal, podía reclamar por sí mismo su derecho a sus semejantes, haciéndose justicia por su propia mano.

No debe confundirse la prohibición constitucional de que tratamos con el legítimo derecho a defenderse frente a una agresión. Dicha prohibición se funda moral y socialmente en la ilicitud de la venganza privada y de la coacción para reclamar un derecho efectivo o supuesto, así como el *desideratum* de mantener la paz dentro de la sociedad.

El denominado "derecho del más fuerte" o "derecho de la fuerza", en que se traduciría la contravención a la citada prohibición, están absolutamente proscritos de toda comunidad civilizada. Por consiguiente, el numeral 17 Constitucional vigente, similar al artículo 17 de la Constitución Política de 1857, no hace sino atribuir el carácter de antijuricidad a dicha ilicitud moral y social, como consecuencia de la evolución de la humanidad.

Por el contrario, el derecho a defenderse contra cualquier agresión, consiste en la potestad lícita y natural de todo hombre para repeler un ataque que ponga en peligro su vida, es decir, afrontar con nuestros elementos de fuerza individual y privada un peligro presente que amenaza nuestra persona o nuestros intereses. Es más, es derecho, ejercitado dentro y bajo ciertas condiciones, configura una "excluyente de responsabilidad penal", la cual pertenece propiamente a una materia del ámbito del Derecho Penal.

El propio artículo 17 Constitucional dispone en tercer lugar que "los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que

fije la ley". La garantía de seguridad jurídica establecida a favor del gobernado en este caso, se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar justicia, teniendo, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las leyes procesales respectivas.

La obligación estatal que se deriva de esta garantía de seguridad jurídica es eminentemente positiva, puesto que las autoridades estatales judiciales o tribunales tienen el deber de actuar a favor del gobernado, en el sentido de despachar los negocios en que éste intervenga en forma expedita de conformidad con los plazos procesales. Es más, el hecho de que un juez se niegue a despachar un negocio pendiente ante él, bajo cualquier pretexto, aun cuando sea el de oscuridad o silencio de la ley, constituye un delito de abuso de autoridad.

Otro importante aspecto que consagra el numeral 17 de la Carta Magna es el que se refiere a la manera gratuita de desempeñar la función jurisdiccional. En vista de esta declaración, ninguna autoridad judicial puede cobrar a las partes remuneración alguna por el servicio que presta, lo que se traduce en la prohibición constitucional de las costas judiciales. Esta manera gratuita de prestar el servicio público jurisdiccional no siempre ha existido como garantía de las partes en juicio. Antiguamente los jueces tenían el derecho de percibir honorarios por la función que desempeñaban, tal como en la actualidad sucede con los árbitros, lo cual propiciaba la mercantilización de la justicia, desnaturalizándola.

Abundando sobre este último punto, encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado de la siguiente manera:

"COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL. Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero

por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito.⁵¹

“COSTAS JUDICIALES, PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS. Lo prohibido por el segundo párrafo del artículo 17 constitucional cuyo antecedente se halla en la Constitución de 1857, es que el gobernado pague directamente a quienes intervienen en la administración de justicia, una determinada cantidad de dinero, como contraprestación por la actividad que realizan, esto es, que las actuaciones judiciales no deben implicar un costo directo e inmediato para el particular, sino que la retribución por la labor de quienes intervienen en la administración de justicia debe ser cubierta por el Estado, de manera que dicho servicio sea gratuito y, por ende, están prohibidas las costas judiciales.”⁵²

Así entonces, en el ordenamiento mexicano, contrariamente a lo que ocurre en otras legislaciones, se prohíbe el cobro de costas judiciales por mandato expreso del artículo 17 de la Carta Magna vigente. Sólo en las materias procesal civil y mercantil se hace una regulación sobre el pago de las costas procesales en sentido estricto, ya que en las restantes ramas de enjuiciamiento no se hace referencia a la parte que debe cubrir los gastos del proceso, y tratándose del proceso administrativo los artículos 201 del Código Fiscal de la Federación y 30 de Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal disponen expresamente que en el juicio fiscal federal y en el administrativo de la entidad en cita no ha lugar a condenación en costas, por lo que cada parte será responsable de sus propios gastos.

También debe tomarse en cuenta la disposición similar contenida en el artículo 11 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que excluye el pago de costas en los conflictos de poderes, y en todo caso cuando el litigio se establezca exclusivamente entre entidades federativas, o entre éstas y la federación.

⁵¹ Novena Época, Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: X, Agosto de 1999. Tesis: P./J. 72/99, p. 19.

⁵² Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: V, Mayo de 1997, Tesis: P. LXXXVII/97, p. 159.

En la materia procesal civil y mercantil se siguen dos criterios esenciales: a) El sistema subjetivo, conforme al cual sólo debe condenarse al pago de los gastos y costas a la parte que hubiere conducido el proceso con "temeridad y mala fe", y b) El sistema objetivo, de acuerdo con el cual se debe condenar siempre al pago de los gastos y costas a la parte que haya sido vencida en el juicio. En el primer supuesto se toma en cuenta un dato subjetivo, la conducta temeraria y de mala fe de una de las partes, la cual puede ser difícil de probar, en tanto que de acuerdo con el criterio objetivo, la prueba la constituye la propia sentencia con la que se acredita el hecho del vencimiento.

3.2. Diversas leyes federales y locales que regulan la conciliación antes o durante el proceso en México.

En este inciso se hará referencia a una multiplicidad de normatividades, tanto federales como locales, entre las que destacan las siguientes: Código de Procedimientos Federales para el Distrito Federal, Código de Comercio, Ley Federal del Trabajo y el Reglamento Interior de la Procuraduría Agraria, lo anterior con la finalidad de saber la manera en cómo otros ámbitos del Derecho regulan a la figura de la conciliación en nuestro país.

Materia civil.

Puede afirmarse que en Derecho Civil la conciliación no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. En algunas legislaciones relacionadas con la materia civil la conciliación es voluntaria y los conciliadores actúan cuando son requeridos para solucionar las controversias; pero en el Derecho Mexicano la circunstancia de que las personas "pueden conciliar sus diferencias" no determina la dispensa de la conciliación, ya que puede ocurrir que una de las partes no tenga capacidad para disponer por sí misma. Por esta razón la conciliación es tanto el acto procesal que se lleva a cabo ante un juez de paz como el resultado de un

acuerdo amigable interpartes. Se dice que ha habido conciliación cuando se ha obtenido un acuerdo que pone fin a un conflicto de intereses.

A este respecto, el tratadista de derecho procesal civil, José Ovalle Favela, indica al respecto que a pesar de la eficacia de la función conciliatoria, "... en nuestros juzgados de paz prácticamente ha quedado abolida, pues los jueces no suelen hacer uso de la facultad que les confiere la ley, sino que la pasan por alto." Por otra parte, agrega, "... es el secretario del juzgado civil quien normalmente se encarga de llevar las audiencias y a éste no interesa plantear la posibilidad de un arreglo entre las partes. Sin embargo, agregaríamos nosotros, ello no implica que carezca de trascendencia la institución en la justicia de paz."⁵³

En el procedimiento civil, una vez presentada la demanda con los documentos y copias requeridas, se correrá traslado de ella al demandado, citando a las partes para que concurran en el plazo de tres días al juzgado para que tenga verificativo la audiencia conciliatoria respectiva. Si comparecen las partes o sus representantes con facultades expresas para transigir legalmente, el juez, a través del conciliador, escuchará las pretensiones de las partes con el objeto de procurar una amigable composición; si la logra, se celebrará el convenio respectivo, que será aprobado por el juez con efectos de autoridad de cosa juzgada, cuando reúna los requisitos legales.

Si a la citada audiencia conciliatoria no asiste el actor, se le tendrá por desistido de la demanda, pero si el demandado no comparece o en la diligencia no se lograra la avenencia de las partes, el juez prevendrá al propio demandado para que conteste la demanda en el plazo de cinco días.

Una de las innovaciones de la reforma procesal y orgánica de 1985 "... fue la introducción de los conciliadores en los Juzgados del Arrendamiento Inmobiliario, los que deberán reunir los mismos requisitos que la ley orgánica

⁵³ OVALLE FAVELA, *Op. Cit.*, p. 117.

señala a los Secretarios de los Juzgados de lo Civil y son designados en la misma forma. Dichos concilladores profesionales deben estar presentes en la audiencia de conciliación y escuchar las pretensiones de las partes para procurar su avenimiento, así como dar cuenta al juez de la aprobación del acuerdo, en caso de que proceda, y además, Informar al propio juzgador de los resultados logrados en las audiencias que se les encomienden.”⁵⁴

Cuando los interesados lleguen a un acuerdo, el juez lo aprobará de plano, si procede legalmente, con efectos de cosa juzgada. Pero de no lograrse el avenimiento, la citada audiencia debe continuar a fin de que el juzgador regularice el procedimiento a través del examen y la depuración de los presupuestos procesales.

Así entonces, hemos visto que a efecto de lograr la conciliación entre las partes, en el Distrito Federal los juzgados civiles, de arrendamiento inmobiliario y familiares tienen a su servicio a un funcionario denominado concillador, quien debe reunir los mismos requisitos que el Secretario de Acuerdos y que entre otras atribuciones tiene la de intervenir en las Audiencias previas de conciliación y de excepciones procesales para escuchar las pretensiones de las partes y procurar su avenencia mediante un convenio, debiendo informar diariamente al juez los resultados logrados en las mismas.

Iniciado el procedimiento, una vez contestada la demanda, acusada la rebeldía o contestada la reconvencción, el juez debe señalar día y hora para que tenga verificativo la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, la cual deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes, siendo optativo para las partes acudir asesoradas, en este caso debe ser por licenciado en Derecho con cédula profesional y en ejercicio de su profesión. En la misma, concurran o no las partes, el juez procederá a:

⁵⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, A-CH, México, 11ª ed., Ed. Porrúa, S.A., 1998, p. 570.

- "Si concurren ambas partes, cuando una de ellas se encuentre asesorada y la otra no, al celebrarla debe suplir las deficiencias de la que no se encuentre asistida de abogado, procurando la mayor equidad, haciendo este hecho del conocimiento de la Defensoría de Oficio para que dé atención a la misma en las actuaciones subsecuentes.
- Sancionar a la parte que sin causa justificada no hubiere asistido, con una multa hasta por cien días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.
- Examinar de oficio la legitimación procesal, en el caso de que los contendientes no actúen por propio derecho, sino a través de apoderados o representantes, en la inteligencia de que hasta esta audiencia el interesado puede corregir cualquier deficiencia al respecto, y en caso contrario, el juez daría por terminado el procedimiento.
- Procurar la conciliación de las partes, por medio del conciliador adscrito al Juzgado, quien deberá ponerles alternativas de solución y si los interesados llegan a un convenio que proceda legalmente, aprobarlo inmediatamente (de plano) y elevarlo a la categoría de cosa juzgada.
- Depurar el procedimiento, procediendo a examinar las excepciones procesales opuestas al contestar la demanda y las objeciones aducidas respecto de los presupuestos, salvo incompetencia del órgano jurisdiccional, la cual tiene una tramitación especial.
- Subsanar los defectos en la demanda o contestación, si éstos son alegados, señalando en concreto sus defectos y previniendo a la parte interesada para que los corrija."⁵⁵

⁵⁵ CONTRERAS VACA, *Op. Cit.*, p. 19.

Materia mercantil.

En este ámbito encontramos, en lo que respecta a la ejecución de la sentencia en un juicio ejecutivo, que no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado ese término, pero no más de un año, se admitirán, además, las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año serán admisibles también las de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación y la falsedad de Instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria, convenio o juicio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y constar por Instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial, lo anterior se desprende del contenido que al efecto realiza el artículo 1397 del Código de Comercio.

Así entonces, creemos que no es aventurado equiparar a la transacción como una especie de conciliación, toda vez que si definimos a la transacción, tenemos que es "... el acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas."⁵⁶

Materia laboral.

Es tradicional en nuestra época que la conciliación la liguemos por razones ideológicas a las cuestiones laborales. La denominación de los tribunales del trabajo como Juntas de Conciliación y Arbitraje y la constante referencia a un cuerpo de conciliadores que actúan en el campo de las autoridades administrativas del trabajo, nos lleva en primer término a esta referencia procesal, porque como lo ha expresado el jurista Eduardo J. Couture en términos sencillos "aun cuando la justicia de conciliación y avenimiento pertenece a la tradición

⁵⁶ PALOMAR DE MIGUEL, *Op. Cit.*, p. 1560.

germánica y a la justicia medieval en la cual el juez actuaba con el propósito de dirimir una controversia con la solución que a él parecía equitativa, ha sido forma constante en el derecho procesal del trabajo la penetración de esta segunda forma de justicia. No era otra la intención de los '*Conseils de Prud hommes*' (*Consejos de Justicia Humana*), forma incipiente de la magistratura del trabajo en la legislación napoleónica, modalidad que continúa ocupando un primer plano en el derecho moderno".⁵⁷

El proceso laboral ha venido a constituir un trámite obligatorio preliminar al arbitraje, que debe ser intentado en forma permanente por los tribunales de trabajo durante todo el desarrollo del proceso e inclusive por las procuradurías de la defensa del trabajo a las cuales se ha facultado para intentar soluciones amistosas en los conflictos que se les plantean. De llegar las partes a un acuerdo ahí concluye el juicio laboral y mediante acta que se levante para tal efecto se deja constancia de la solución adoptada y de los actos tendientes a su ejecución.

En nuestro orden jurídico laboral la conciliación tiene lugar también en forma obligatoria en los procedimientos especiales, en los procedimientos de conflictos colectivos de naturaleza económica y en el procedimiento de huelga. Los primeros son de índole muy variada, pues se contraen a controversias derivadas:

- a) Del incumplimiento de obligaciones que contraen patrones extranjeros cuando contratan los servicios de trabajadores mexicanos para laborar fuera del país;
- b) De convenios celebrados entre patrones y trabajadores para proporcionar a éstos habitaciones;
- c) Reconocimiento de antigüedades;
- d) Terminación o suspensión colectiva de las relaciones de trabajo;

⁵⁷ COUTURE, Eduardo J. *Estudios sobre Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1988, p. 49.

- e) Revisión de los reglamentos interiores de trabajo;
- f) Pago de indemnizaciones en caso de muerte de un trabajador a consecuencia de un riesgo profesional, y
- g) Cuando se trata de implantar nueva maquinaria que traiga como consecuencia la reducción de personal.

En todos es obligatoria la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir a las partes, ya que la índole de los conflictos permite evitar el proceso. Éste se continúa cuando no es posible la avenencia pero en la práctica se ha observado que un gran número de casos se resuelve en la forma conciliatoria.

En cuanto a los conflictos de naturaleza económica, que son aquellos cuyo planteamiento tiene por objeto la modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo, o bien la suspensión o terminación de las relaciones colectivas de trabajo, "... las Juntas deberán procurar, ante todo, que las partes lleguen a un convenio y para tal propósito tienen facultad para intentar la conciliación en cualquier estado del procedimiento, siempre que no se haya dictado la resolución que ponga fin al conflicto."⁵⁸

Y por lo que corresponde al procedimiento de huelga, una vez entregado al patrón un emplazamiento a huelga, la Junta deberá citar a las partes a una audiencia de conciliación en la que procurará avenirlas, sin hacer declaración que prejuzgue la existencia o inexistencia, justificación o injustificación de la huelga; audiencia que podrá diferirse a petición de los trabajadores por una sola vez.

Corresponde a las Juntas de Conciliación resolver los conflictos individuales de naturaleza jurídica en los que únicamente se pretende conciliar a las partes, así como exigir el cumplimiento de las prestaciones y derechos de intereses

⁵⁸ CAVAZOS FLORES, Baltasar. *El Nuevo Derecho del Trabajo Mexicano*, México, Ed. Trillas, S.A., 2000, p. 234.

singulares derivados de la Ley, contrato colectivo de trabajo o reglamento interior de trabajo, etc., pero en la inteligencia de que sólo en la etapa conciliatoria y bajo las reglas de excepción en cuanto al monto de lo reclamado.

Previamente al análisis de este procedimiento es necesario examinar algunos conceptos relativos a la figura jurídica de la conciliación.

Para el jurista Rafael Caldera, la conciliación "... es el acercamiento de las partes para discutir amigablemente el conflicto y tratar de llegar a un acuerdo, que se realiza generalmente ante personas y organismos establecidos oficialmente, o bien compuestos voluntariamente por las partes."⁵⁹

La Organización Internacional del Trabajo considera que el procedimiento de conciliación da a menudo a las partes en litigio la oportunidad de reducir sus proposiciones o reclamaciones justas, facilitando el acuerdo entre ellas y evitando así los gastos que traería un proceso. Además, asegura un arreglo razonable basado en la buena voluntad para comprender sus mutuos puntos de vista.

Por su parte, la legislación procesal laboral actual, tiene como objetivo principal tratar que se pongan de acuerdo evitando así la tramitación del juicio. Esto es lo que trata de lograrse por el tribunal del trabajo en esta primera etapa de la primera audiencia, llamada de conciliación.

De la anterior podemos inferir que la conciliación es un procedimiento con propósitos de amigable composición, en virtud del cual cada parte del litigio es conminada a un arreglo evitando el desarrollo del juicio con todas sus consecuencias y riesgos inherentes. Por ello, la conciliación se identifica con el espíritu del legislador y con la esencia misma de la justicia del trabajo.

⁵⁹ TENA SUCK, Rafael y MORALES, Hugo Ítalo. *Derecho Procesal del Trabajo*, México, 6ª ed., Ed. Trillas, S.A., 2002, p. 147.

La Suprema Corte de Justicia, acorde con lo anterior sostiene el siguiente criterio jurisprudencial:

"La reglamentación procesal contenida en la Ley Federal del Trabajo, pone de manifiesto que nuestro legislador no desconoció la preponderancia que sobre el sistema tiene la conciliación, para obtener una mejor solución a los problemas obrero-patronales.

Si bien no adoptó el método de repetición de medidas de conciliación ante distintas autoridades, de donde se siguieron diversos intentos de conciliación, sí lo sustituyó por el sistema de dar a la contienda las facilidades indispensables para solucionar mejor y más rápidamente su conflicto por medio de un acuerdo conciliatorio.

La Ley en el procedimiento conciliatorio, pone de manifiesto el derecho de libertad e igualdad de las partes ante la Ley, garantía máxima que funda todo Derecho Público, como lo es el consignado en las normas procesales, dando a las partes, especialmente a la demandada, la protección de no ser sorprendida en la forma en que pudiera quedar sin defensa.

Solamente los conceptos sujetos a litigio pueden conciliarse, ya que los derechos adquiridos son por naturaleza irrenunciables para los trabajadores."⁶⁰

En cuanto al procedimiento de conciliación, encontramos que éste se rige bajo los siguientes principios:

- a) Debe presentarse la demanda, en las Juntas de conciliación competentes, establecidas para este único efecto.

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Parte LXXX, p. 13. Amparo directo: 8259/62, Pedro J. Matar y coagraviados, 3 de febrero de 1964, Cinco votos, ponente: Ángel Carvajal.

- b) Integrada la Junta (accidental o permanente), se citará a la audiencia de conciliación y ofrecimiento de pruebas, que deberá efectuarse dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito inicial.
- c) Se deberá notificar a la demandada la fecha de la audiencia respectiva.
- d) La Junta procurará un arreglo conciliatorio del conflicto de trabajo, teniendo la facultad de aprobar los convenios que las partes celebren.
- e) Si el actor no concurre se archiva el expediente hasta nueva promoción.
- f) Si no concurre el demandado o si las partes no llegan a un convenio, en la audiencia podrán ofrecer las pruebas que estimen pertinentes, es decir, se admite el ofrecimiento y admisión de pruebas sin la previa fijación de la litis y ante la inexistencia de hechos controvertidos, lo cual es antijurídico y ocioso.
- g) Concluida la recepción de las pruebas, el presidente de la Junta remitirá el expediente a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente.
- h) Terminado el procedimiento de conciliación, las partes deberán señalar domicilio para oír notificaciones, en el lugar de residencia de la Junta Federal, Especial o Local de Conciliación y Arbitraje a la que deberá remitirse el expediente, en caso contrario, las subsecuentes notificaciones, aun las personales, se harán por medio de boletín o estrados de la Junta correspondiente.
- i) Cuando las Juntas de Conciliación conozcan de los conflictos que tengan por objeto el cobro de prestaciones cuyo monto no exceda del importe de tres meses de salario, se observarán las disposiciones contenidas en el capítulo relativo a los procedimientos especiales; los de cuantía superior se regirán por las del procedimiento ordinario.
- j) En caso de que no existan Juntas de Conciliación Permanentes en el lugar de los hechos, los trabajadores o patrones podrán acudir a la representación de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o a la autoridad municipal, a efecto de integrar la Junta de Conciliación Accidental.

k) En la integración de las Juntas de Conciliación Accidentales, se deberá observar lo siguiente:

1. El inspector de trabajo o el presidente municipal en todo caso, prevendrán a los trabajadores y patrones, para que en el término de 24 horas designen a sus representantes, dándoles a conocer el nombre del representante del Gobierno que presidirá la Junta.
2. De no designar las partes a sus representantes, lo harán las propias autoridades.

En el artículo 876 de la Ley Federal del Trabajo se expresan, con suficiente claridad, los mecanismos de celebración de la etapa conciliatoria. Es oportuno, sin embargo, hacer algunas observaciones siguiendo el orden del citado numeral:

I. Las partes comparecerán personalmente a la Junta, sin abogados patrón, asesores o apoderados. **La esencia de esta fracción no estaría del todo mal si no estuviera acompañada, en otros rumbos de la ley, de una amenaza: la prevista en el artículo 879 en relación a la parte final del artículo 876, fracción VI que obliga a las partes ausentes en la etapa de conciliación a presentarse en la demanda y excepciones, sin que tampoco en ese caso se acepten apoderados y con apercibimientos rotundos.**

En realidad sería suficiente una presión de otro tipo y no la incluida en la ley que puede causar graves perjuicios a las partes y de manera especial al actor. En efecto, las empresas demandadas, con personalidad moral, pueden nombrar representantes y aun cuando ello ha sido motivo de serias controversias, al menos la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, resolviendo un conflicto entre dos Tribunales Colegiados de Circuito del Distrito Federal en materia laboral, ha permitido mayores libertades en su designación. En cambio, en lo que respecta a las personas físicas no, lo que trae problemas serios para los mismos trabajadores, ya que sus abogados no pueden concurrir a la etapa y excepciones y con ello se les impide una intervención que puede ser muy necesaria.

"En lugar de las sanciones que la ley fija actualmente, una medida aceptable para presionar la presencia del actor sería, por ejemplo, suspender el trámite *sine die* hasta en tanto no compareciera personalmente, con riesgo de que se dicte la caducidad. Respecto del demandado se podrán utilizar medidas de apremio."⁶¹

II. **Intento de conciliación.** Las Juntas deben procurar los arreglos y exhortar a las partes para que intenten salvar sus diferencias. El resultado práctico es muy pequeño particularmente en las Juntas que atienden un número considerable de juicios, ya que los funcionarios no tienen ni tiempo ni espíritu, por las presiones de la lista de audiencias, para labores de convencimiento. La realidad es que si las partes, por sí mismas, no intentan la conciliación, generalmente empujadas por sus propios abogados, conscientes de los riesgos de ese tipo de pleitos, la etapa se convierte en un simple requisito formal, casi sacramental: "Las partes manifiestan que no existe arreglo conciliatorio y piden se pase el negocio al arbitraje" suele ser la frase consabida que precede al acuerdo de la Junta declarando terminada la etapa conciliatoria.

No obstante quien conozca en la práctica la materia laboral, sabrá que la conciliación es una forma normal de concluir los juicios. A veces sólo hay que vencer prejuicios de quienes han vivido un conflicto: el patrón y el trabajador y que por cuestiones de amor propio, o de supuesto antecedente pernicioso, no quieren resolver las cosas de manera amigable. Sin embargo, el tiempo y los salarios caídos ayudan a lograrlo.

III. **Acuerdo conciliatorio.** En este caso, si las partes llegan a un acuerdo se dará por terminado el conflicto. El convenio respectivo, aprobado por la Junta, producirá todos los efectos jurídicos inherentes a un laudo.

⁶¹ BUEN L., Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*, México, 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A., 1998, p. 550.

IV. Suspensión de la etapa conciliatoria. A petición de ambas partes y por una sola vez, la Junta puede suspender la celebración de la audiencia inicial y fijar su reanudación dentro de los ocho días siguientes quedando notificadas las partes de la nueva fecha con los apercibimientos de ley.

VI. Inconformidad con el arreglo. Si no se llega a una conciliación, se les tendrá por inconformes y se pasará el negocio a la etapa de demanda y excepciones.

V. Consecuencias de la Inconformidad. En una curiosa redacción que repite, en parte, la fracción anterior, en la VI se dice que "De no haber concurrido las partes a la conciliación, se le tendrá por inconformes con todo arreglo y deberán presentarse personalmente a la etapa de demanda y excepciones."

Materia agraria.

Promover y lograr la conciliación de intereses entre sujetos agrarios en las controversias que se relacionan con la normatividad agraria es una de las tareas prioritarias de la Procuraduría Agraria. La conciliación procura un convenio voluntario a fin de resolver las diferencias que presenten las partes que intervienen sobre una disputa para de esta manera evitar el conflicto jurisdiccional.

El Reglamento Interior de la Procuraduría Agraria al ocuparse de la conciliación señala lo siguiente:

"Artículo 42.- La conciliación constituye la vía preferente para resolver los conflictos sobre derechos agrarios que le sean planteados a la Procuraduría, y que no se trate de asuntos que por su naturaleza deba acordarlos la Asamblea de los núcleos de población agrarios."

"Artículo 43.- La Procuraduría exhortará a las partes sobre la conveniencia de llevar a cabo el procedimiento conciliatorio antes de

que éstas determinen dirimir su controversia ante los Tribunales Agrarios y las convocará, bajo el principio de buena fe, a no interrumpir la conciliación mediante el ejercicio de acciones de carácter judicial."

"Artículo 44.- *La Conciliación se desarrollará conforme al siguiente procedimiento:*

I. Si conforme al análisis a que se refiere el artículo 40 de este Reglamento, el asunto de que se trate es materia de conciliación, se exhortará a las partes a dirimir su controversia para que, en su caso, se celebre el convenio respectivo;

II. El servidor público encargado del asunto, deberá allegarse la información que fuere necesaria para elaborar un juicio previo de la controversia y de sus posibles soluciones:

III. El servidor público que al efecto se designe, deberá analizar la legalidad de las propuestas de conciliación. En cualquier caso, los acuerdos del convenio deberán apegarse a la Ley o las disposiciones normativas que rijan el acto de que se trate;

IV. El convenio que se celebre lo firmarán las partes y dos testigos, de no poder hacerlo estamparán su huella digital. También será firmado por el conciliador, con lo cual se dará por terminado el conflicto, y

V. La Procuraduría promoverá la ratificación de los convenios conciliatorios ante el Tribunal Unitario Agrario de la jurisdicción de que se trate y, cuando conforme a la Ley y los reglamentos aplicables, contengan actos susceptibles de inscripción, solicitará al Registro Agrario Nacional dicho servicio."

"Artículo 45.- *Si las partes no logran conciliarse, la Procuraduría los exhortará para que de común acuerdo, designen árbitro. En todo caso, sus derechos quedarán a salvo para deducirlos por las vías procedentes."*

Como hemos señalado en párrafos anteriores, la finalidad de la conciliación "... es avenir a las partes para que en amigable composición lleguen a un acuerdo respecto del conflicto que afronten siempre bajo los principios de justicia, equidad y buena fe. En la relación jurídica a que da nacimiento la conciliación, el conciliador viene a ser un tercero imparcial que actúa de buena fe, para que los conflictos planteados se resuelvan satisfactoriamente a través de este procedimiento. Las acciones conciliatorias se deben evaluar, entonces, en la medida que contribuyan a su cometido: el avenimiento de intereses en disputa para la obtención de otros resultados."⁶²

El conciliador ofrecerá a las partes argumentos y razones que las guíen hacia la solución de su desacuerdo. Debe jugar un papel activo en la conciliación y no limitarse a ofrecer a las partes una explicación amplia sobre lo que ésta representa y resumir, de alguna manera, cuáles son los puntos controvertidos, y aguardar pasivamente a que las partes logren un acuerdo; por el contrario, en su desempeño deberá sugerir a las partes, en su momento oportuno, vías de solución objetivas e imparciales al conflicto planteado, acordes con sus pretensiones, haciéndoles saber las consecuencias que se derivarían de la suscripción de un convenio de acuerdo.

La conciliación es, por su propia naturaleza y de conformidad con la Ley, "... la vía preferente para resolver cualquier controversia que se suscite en relación con derechos agrarios, individuales o colectivos, de los campesinos, siempre que no se trate de asuntos que por mandato legal deba conocer y resolver la Asamblea."⁶³

⁶² NAZAR SEVILLA, Marcos A. *Procuración y Administración de Justicia Agraria*, México, Ed. Porrúa, S.A., 1999, p. 134.

⁶³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Elementos de Derecho Procesal Agrario*, México, 3ª edición, Ed. Porrúa, S.A., 2000, p. 362.

Cabe destacar que el procedimiento conciliatorio da inicio cuando alguno de los sujetos agrarios solicita, por escrito o mediante comparecencia, la intervención de la Procuraduría para la solución de su conflicto en amigable composición.

Como respuesta a su petición, el conciliador llenará el Formato denominado FUT 01 y procederá a:

- a) Requerir a las partes para que acrediten su personalidad e interés jurídico y precisen las razones que otorguen soporte y sean fundamento de su reclamo. En el caso de ejidos y comunidades, si fuere necesario, se solicitará al Registro Agrario Nacional la información que proceda.
- b) Admitida la solicitud, procederá a clasificarla con base en el Código del Sistema Único Integrador (SUI), dictando inmediatamente acuerdo de radicación.

Posteriormente, en el acuerdo de radicación el conciliador:

- a) Tendrá por recibida formalmente la petición de la parte interesada, recabándose sus generales y datos de identificación.
- b) Precisaré de manera clara y precisa el asunto materia de la controversia.
- c) Tomaré nota del nombre, domicilio y demás datos que permitan identificar a la contraparte para su debida notificación.
- d) Asentará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de conciliación que se verificará dentro de los diez días naturales siguientes al acuerdo correspondiente.

En la misma fecha en que se dicte el acuerdo anteriormente referido, procederá el conciliador a elaborar las cédulas de notificación para las partes. La relativa al promovente se la entregará en el momento mismo de su comparecencia

y la de su contraparte, de manera personal, dentro de los cinco días siguientes al acuerdo de su radicación, conminando en dicho documento a los Interesados para que asistan a la audiencia a exponer lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas que estimen convenientes.

El día señalado para la audiencia, si hubieran asistido las partes, el conciliador:

- a) Las exhortará a celebrar pláticas de conformidad con sus manifestaciones y planteamientos y a ofrecer las pruebas que consideren convenientes a sus intereses, presentándoles al final alternativas de solución a su conflicto.
- b) Levantará el acta correspondiente a la audiencia asentando lugar, día y hora de su celebración y los nombres y demás generales de las comparecencias, relacionando los documentos con que acreditan su personalidad, identidad e interés jurídico sobre el punto controvertido y las pruebas que se hubieren ofrecido y desahogado. Las partes podrán solicitar al conciliador suspender la audiencia con el objeto de consultar a terceras personas, recabar documentos de archivos y oficinas públicas o bien para evaluar detenidamente las alternativas de solución propuestas.
- c) En el caso anterior se suspenderá la audiencia fijándose, para su continuación, una fecha, con precisión de hora y lugar, dentro de los cinco días siguientes para su continuación, quedando legalmente emplazados los asistentes a comparecer a la misma.

Si las partes llegaren a un acuerdo, firmarán el convenio respectivo; pero el conciliador deberá analizar previamente la legalidad de las propuestas de conciliación y, desde luego, la que se hubiere aceptado por las partes, cuidando que los términos del convenio se ajusten a las disposiciones normativas que rijan el acto de que se trate.

Se pretende así evitar la simulación de actos, esto es, que a través de convenios se alcancen resultados que, en última instancia, sean contrarios a las normas aplicables. Suscrito el convenio conciliatorio se promoverá su ratificación ante el Tribunal Unitario Agrario que corresponda y su inscripción en el Registro Agrario Nacional, si esto último fuere procedente. Debe recordarse que sólo se inscribirán en esta Dependencia los convenios cuyo contenido sea susceptible de inscripción.

En razón de lo anterior, el conciliador deberá:

- a) Cuidar que el convenio cumpla con los requisitos de fondo y forma, en los términos de los formatos que al efecto se han elaborado.
- b) Asentar la manifestación de las partes en el sentido de que en la suscripción del convenio no hubo error, dolo ni mala fe y que, por tanto, habrán de cumplirlo en todos los términos.
- c) En caso de afectarse derechos colectivos, si de los antecedentes del caso se estimase que fuese necesario, deberá asentarse en el convenio su necesaria ratificación por la Asamblea del núcleo correspondiente, para que produzca todos sus efectos.

Una vez cubiertos los requisitos anteriores, el conciliador turnará el expediente al área jurídica correspondiente, para que en un término de cinco días se promueva ante el Tribunal Unitario Agrario la ratificación del convenio y se tome la determinación de su envío al Registro Agrario Nacional, si los acuerdos adoptados en el convenio conciliatorio, por su naturaleza, son susceptibles de inscripción conforme a la normatividad aplicable.

Una vez suscrito el convenio, se promoverá ante el Tribunal Unitario Agrario su ratificación y, en caso de incumplimiento, su ejecución.

Si una o las dos partes no concurriese a la audiencia, se levantará acta circunstanciada para hacer constar este hecho. Cuando el promovente no asistiera

se dará por concluida la conciliación y sólo cuando la contraparte fuera la no compareciente, se fijará de nueva cuenta fecha, hora y lugar para su celebración, notificándose el acuerdo respectivo a las partes.

Por último llegado a su fin el procedimiento conciliatorio sin haberse logrado un avenimiento entre las partes, el conciliador, con fundamento en el artículo 45, las exhortará a dirimir sus controversias vía el arbitraje de la Procuraduría. En este supuesto, el conciliador procederá en los términos siguientes:

- a) Cuando las partes acepten el arbitraje, se estará a lo dispuesto en el Manual para el Procedimiento Arbitral.
- b) Si las partes lo rechazaran, se dará por agotado el procedimiento conciliatorio dejándose a salvo sus derechos para ejercerlos en la vía y forma que consideren convenientes, la conciliación de nueva cuenta inclusive.

Asimismo, la Procuraduría exhortará a las partes sobre la conveniencia de llevar a cabo el procedimiento conciliatorio antes de que éstas determinen dirimir su controversia ante los Tribunales agrarios y las convocará bajo el principio de buena fe, a no interrumpir la conciliación mediante el ejercicio de acciones de carácter judicial.

Materia penal.

En esta materia no existe expresamente la conciliación, sin embargo, podemos señalar que en la figura del perdón del ofendido opera una especie de acuerdo entre las partes para extinguir cualquier pretensión punitiva.

Así, tenemos que "... el perdón y el consentimiento del ofendido son causas extintivas de la acción penal exclusivamente en aquellos delitos que se persiguen por querrela necesaria. Excepcionalmente, el perdón puede extinguir inclusive las

sanciones ya impuestas como en el caso del delito de adulterio. Los delitos perseguibles por querrela necesaria son entre otros: raptó, estupro, injurias, difamación, calumnia, daños en propiedad ajena por imprudencia; adulterio, robo o fraude entre ascendientes y descendientes, robo o fraude entre cónyuges o determinados parientes, abuso de confianza, y ciertas lesiones."⁶⁴

Puede estimarse que el consentimiento del ofendido alude a un acto anterior o coincidente de la comisión del hecho delictuoso, mediante el cual el afectado por sus perjuicios admite, expresa o tácitamente, su ejecución.

El perdón es un acto (en sus variantes de judicial o extrajudicial) posterior al delito, por el cual el ofendido hace remisión o exterioriza su voluntad de que no se comience o no se prosiga el procedimiento contra el sujeto activo.

El consentimiento del ofendido no es un medio extintivo de la responsabilidad penal, en sentido estricto, sino más bien, como sostiene García Ramírez, "... una causa excluyente de incriminación, a título de atipicidad o de ilicitud, que impide *ab initio* (desde tiempo muy remoto o inmemorial), la integración del delito."⁶⁵

De lo anterior se infiere que la eficacia jurídica del perdón queda sujeta, cuando menos en términos generales a los siguientes requisitos: a) Que el delito sea perseguible mediante querrela; b) Que su otorgamiento se lleve a cabo antes de que se pronuncie sentencia en segunda instancia, y c) Que sea otorgado por el ofendido por el delito o por el legitimado para concederlo.

En cuanto a los efectos del perdón, cabe destacar que su otorgamiento produce la cesación de la Intervención de la autoridad, en consecuencia, presentado en su oportunidad; mejor dicho, otorgado en el intervalo temporal

⁶⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, México, Edit. Harla, S.A., 1990, p. 205.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 207.

correspondiente, no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y contra la misma persona.

Así entonces, el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querrela. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

Materia Internacional.

Por último, es conveniente citar la característica esencial que tiene la conciliación en materia de Derecho Internacional Público, en donde encontramos que es un medio de solución pacífica de controversias entre Estados, caracterizado por la participación de comisiones especiales, creadas convencionalmente por las partes con anterioridad al surgimiento de la diferencia o *a posteriori*, para atender de manera específica cualquier caso concreto de

conflicto. Tiene por finalidad dilucidar la controversia y presentar un informe o acta que no es obligatorio para las partes.

La conciliación internacional es definida por la doctrina como: "... la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un órgano sin autoridad política propia que gozando de la confianza de las partes en litigio, está encargado de examinar todos los aspectos de litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes."⁶⁶

De esta suerte, la conciliación es un método intermedio entre los buenos oficios y la mediación, ya que es un recurso institucional entre el arbitraje y la Corte Internacional de Justicia, en la medida que el fallo de la mediación carece de fuerza obligatoria.

El sistema de conciliación para el tratamiento de cuestiones internacionales adquirió importancia al aprobarse en la Sociedad de las Naciones la llamada Acta General para el Arreglo Pacífico de las Diferencias Internacionales de Ginebra de 1928. Pero asimismo en el continente americano han sido previstas Comisiones Interamericanas de Soluciones Pacíficas, adoptadas en la conferencia panamericana de Bogotá el año de 1948, cuyo propósito es similar al establecido en el orden mundial, esto es, encontrar formas de arreglo a problemas cuya trascendencia no requiera de un tratamiento que implique formalidades tradicionales de conducta internacionales.

Así entonces, tenemos que puede someterse a procedimiento conciliatorio cualquier clase de controversia. El procedimiento conciliatorio será contradictorio y su misión consistirá en dilucidar las cuestiones en litigio, de manera que se recoja toda la información necesaria. Tal procedimiento finaliza mediante un acta en la cual se hará constar si las partes han llegado o no a un acuerdo, y las condiciones de éste si las hubiere. Ulteriormente el acta se comunica a las partes, quienes

⁶⁶ ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho Internacional Público*, México, 2ª ed., Ed. Oxford, S.A., 1999, p. 179.

decidirán si están conformes con ella y si aprueban su publicación. Como se observa, el procedimiento conciliatorio carece de fuerza vinculativa para las partes, por lo que en materia internacional se utiliza poco.

3.3. La Conciliación en Materia Civil en el Distrito Federal.

3.3.1. Juicio Ordinario Civil (Art. 272 A. Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

La conciliación es una figura jurídica que esta contemplada dentro de nuestra legislación civil, como un medio de solución de las controversias, esto con el fin de poner una solución de una manera pronta y expedita.

"Artículo 272-A. ...

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada."

Tomando en cuenta la posición de la imparcialidad que debe asumir el juez a lo largo del proceso, no es adecuado encomendar a aquél esta fase conciliatoria, pues no estaría en condiciones de procurar convencer a las partes ni de hacerles propuestas concretas para llegar a la conciliación; por ello, el párrafo transcrito encomienda esta función al conciliador adscrito al juzgado. Para que dicho conciliador desempeñe realmente su función, deberá conocer con toda amplitud el litigio planteado por las partes en sus escritos de demanda y contestación y, en su caso, reconvenición y contestación a ésta; asimismo, deberá sugerir alternativas de solución que resulten equitativas y prácticas para las partes. Si se limita a preguntarles si no ha llegado a una conciliación, ésta difícilmente se logrará y ni el conciliador ni la audiencia estarán cumpliendo con la función que les atribuye la ley.

El convenio al que las partes lleguen en caso de conciliación, deberá sujetarse a la aprobación del juez, y en el evento de que éste otorgue dicha aprobación, el convenio tendrá la autoridad y eficacia de una sentencia firme, por lo que, si aquél es incumplido, la parte interesada podrá solicitar su ejecución en la vía de apremio.

3.3.2. Justicia de Paz (Título Especial Art. 20-VI Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).

Es la jurisdicción que se ejerce a través de un proceso especial breve y sencillo, resolviendo de manera pronta y en conciencia aquellos asuntos que por su escaso valor económico son considerados de mínima cuantía.

Hay que recordar que la competencia es el límite de la jurisdicción de un tribunal y que puede referirse a cuatro aspectos: materia, cuantía, territorio y grado. En lo referente a la justicia de paz, hay que tener presente que si el juez, en cualquier estado del pleito, advierte que no es competente, debe suspender de plano el procedimiento y remitir lo actuado al juez que lo sea.

Ahora bien, en la justicia de paz está contemplada la conciliación de la siguiente manera:

"Artículo 20. Concurriendo al juzgado las partes en virtud de la citación, se abrirá la audiencia y en ella se observarán las siguientes prevenciones:

I. ...

VI. En cualquier estado de la audiencia y en todo caso antes de pronunciar el fallo, el juez exhortará a las partes a una composición amigable, y si se lograra la avenencia, se dará por terminado el juicio."

3.4. Conciliación en Materia Familiar en el Distrito Federal.

En este aspecto encontramos que en materia de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges, según lo previene el Título XI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, deberán ocurrir al tribunal competente y presentar un convenio en el que sean fijados los siguientes puntos:

- a) Designación de persona a quien se confíen los hijos del matrimonio mientras se tramita su separación;
- b) El modo de subvenir a las necesidades de los hijos;
- c) La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;
- d) La forma en que se proporcionarán alimentos a los hijos y a la esposa, en su caso;
- e) La administración de los bienes de la sociedad conyugal y términos para proceder a la liquidación de ésta.

Formulado este convenio y presentada al juez la solicitud respectiva, se cita a dichos cónyuges y al Ministerio Público a una Junta, con el objeto de procurar la reconciliación. Si no se logra avenir a las partes el convenio será aprobado de manera provisional en lo relativo a la situación en que deban quedar los hijos menores, pero se insistirá por la autoridad judicial en una nueva diligencia, buscar un acuerdo conciliatorio entre los cónyuges, para evitar su separación.

De acuerdo con las reformas que fueron hechas a esta legislación el año de 1973, las cuestiones familiares podrán tramitarse a través de un juicio especial previsto en el Título XVI del citado código procesal.

En el procedimiento que se regula en dicho título se indican los trámites que deban realizarse en los juzgados de lo familiar, creados para conocer de:

- a) Los litigios sobre cuestiones alimenticias;
- b) La calificación de impedimentos para contraer matrimonio;
- c) Las diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes y la educación de los hijos;
- d) Las oposiciones de esposos, padres y tutores, y
- e) Todos los problemas familiares que guarden similitud con los anteriores y que requieran la intervención judicial.

En todas estas controversias el juez de lo familiar está facultado también para intentar la conciliación entre las partes antes de que el asunto sometido a su decisión pase a sentencia, disponiendo igualmente de facultades para proponer las bases que les permitan optar por un arreglo que dirima los puntos controvertidos y ponga fin al juicio.

En nuestro país existe un amplio marco legal que da pauta para la solución de los conflictos, como puede ser a través de un proceso judicial, un arbitraje o la mediación, para ello se parte de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en el numeral 17 señala que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia, y esto se hace a través de las leyes, que pueden ser federales o locales dependiendo de la jurisdicción donde surja el conflicto.

CAPÍTULO 4 LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

4.1. El Juicio Ordinario Civil.

El proceso ordinario se utiliza en todas aquellas controversias que no tienen una tramitación especial conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En esta vía se pueden distinguir varias etapas o fases procesales.

Etapa Expositiva.

Se integra por la demanda, el emplazamiento y traslado de la misma, la contestación y, en su caso, la reconvencción interpuesta por el demandado y su contestación.

Etapa de depuración, conciliación y de excepciones procesales.

Se lleva a cabo en la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales que se realiza una vez contestada la demanda, acusada la rebeldía por no hacerlo o en su caso, contestada la reconvencción. En ésta, el juez debe: a) examinar la legitimación procesal, en el caso de que las partes no actúen por propio derecho, sino a través de apoderados o representantes; b) procurar la conciliación, proponiendo alternativas de solución, para que los interesados lleguen aun convenio que resuelva el conflicto, el cual, una vez aprobado, se elevará a la categoría de cosa juzgada, y c) depurar el procedimiento, procediendo a examinar y resolver las excepciones procesales no subsanadas por los interesados, en caso de no haber podido conciliar a las partes.

Etapa probatoria.

En esta parte del proceso, el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado sus excepciones. El que afirma está obligado a probar y el que niega, sólo cuando la misma implica la afirmación expresa de un hecho o cuando la negativa fuere un elemento de la acción. La etapa probatoria consta de cuatro partes:

- a) Ofrecimiento.
- b) Admisión.
- c) Preparación.
- d) Desahogo.

Etapa de Alegatos.

Una vez desahogadas las pruebas en la misma audiencia de desahogo de pruebas y alegatos, se dará derecho a las partes para que en forma verbal aleguen personalmente o por medio de sus abogados o apoderados. Los alegatos deberán ser breves y concisos. No se puede hacer uso de la palabra por más de un cuarto de hora, y debe hacerlo primero el actor, posteriormente el demandado y por último el Ministerio Público.

Etapa Resolutiva.

Se integra con la sentencia, que es la decisión judicial sobre los puntos controvertidos, la cual debe ser clara, precisa y congruente con las pretensiones aducidas por las partes; tiene que condenar o absolver al demandado y decidir todos los puntos litigiosos. Desde dictarse y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial en un plazo de quince días contados a partir de la fecha de citación para sentencia, y sólo cuando el tribunal examine asuntos voluminosos, podrá disfrutar de un plazo ampliado de ocho días.

Etapa Ejecutiva.

Después de dictada la sentencia, si ésta ha sido declarada firme, si sus resolutivos imponen a la parte condenada la obligación de hacer, dar o abstenerse de realizar una conducta y si la parte condenada no la cumple voluntariamente, se inicia esta etapa o vía de apremio, que tiene como finalidad lograr su ejecución coactiva. La ejecución de la sentencia la llevará a cabo el juez que conoció del negocio, concediendo al deudor un término improrrogable de cinco días para que la cumpla.

4.2. Concepto de Mediación.

Se entiende por mediación, el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio.⁶⁷

La mediación basa su fundamento en la voluntad de las partes de dialogar por muy distantes que sean sus respectivas posturas.

Las personas que decidan acudir a la mediación, deben hacerlo de modo abierto y dispuestos al diálogo como paso previo imprescindible para alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias. La mediación pretende, en definitiva, plantear aspectos comunes sobre los que pueda construirse un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

Bajo una imparcialidad y experiencia profesional, el mediador debe ayudar a las personas que acuden a la mediación a entender sus propias motivaciones y las del otro.

⁶⁷ Art. 13 del Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Es menester advertir que la mediación no culmina en la obtención de una solución impuesta por el mediador, sino en un acuerdo negociado por las partes según su propio criterio y con la ayuda del mediador. La mayor parte depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas de la mediación.

Una vez señalado lo anterior, creemos oportuno citar diversos conceptos sobre la figura jurídica en comento, a saber:

Generalmente la doctrina establece que la mediación "... es un medio alternativo para la solución de conflictos en donde un tercero imparcial llamado mediador ayuda a las partes involucradas para encontrar soluciones y llegar a un acuerdo." ⁶⁸

En sentido amplio puede afirmarse que el uso del vocablo en cuestión alude a la idea de uno de los varios medios alternativos disponibles actualmente para la resolución de disputas, que contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social. En este contexto la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse judicialmente.

También puede ser definida como un "... sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente

⁶⁸ HISGHTON, Elena. *Mediación y justicia*, Buenos Aires, Argentina, 3ª ed., Ed. Depalma, 1978, p. 18.

arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.⁶⁹

Se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. La mediación evita que las relaciones personales y comerciales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios.

Para la autora mexicana Cecilia Azar Mansur la mediación "es el método utilizado por las partes en controversia para resolver amistosamente un conflicto, llevado a cabo por un tercero, bien designado por ellos mismos o establecido oficialmente, el cual aportará una propuesta o recomendación sin valor decisorio."⁷⁰

Para algunos autores la mediación apenas comienza a definirse. El Diccionario de la Lengua Española para aclarar la noción de mediación trae algunos sinónimos al respecto, tales como: "Intervención, acuerdo, intermediación"⁷¹

Asimismo, el Diccionario en cita señala un largo concepto sobre la figura en cuestión: "**Mediación:** 1. Método pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo. 2. Procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una persona imparcial, aislan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable. 3.

⁶⁹ HAYNES, John. *Fundamentos de la mediación*, Barcelona, España, Ed. Gaia, S.A., 1986, p. 49.

⁷⁰ AZAR MANSUR, Cecilia. *Mediación y conciliación en México. Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, S.A., 1999, p. 12.

⁷¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 7, México, 22ª ed., Ed. Espasa, 2001, p. 1001.

Sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. 4. Procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. 5. Proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes. Consta de una serie de etapas conocidas y aceptadas por las partes de antemano. 6. Proceso en el cual una tercera parte neutral asiste a dos o más litigantes para llegar a un acuerdo voluntario negociando acerca de sus diferencias. 7. Proceso informal no adversarial que tiene como objetivo ayudar a las partes involucradas, a alcanzar una solución satisfactoria para todas. 8. Procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía del conflicto. 9. Conjunto de prácticas diseñadas para ayudar a las partes en un conflicto, procedimiento en el cual un tercero imparcial les ayuda a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto. 10. Procedimiento por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado."⁷²

De la anterior definición se desprende que la mediación comprende áreas tan diversas que no puede darse una definición concreta. Sin embargo, en toda mediación cabe distinguir unas características esenciales que podríamos definir como invariables, y otros rasgos o aspectos que pueden variar en función de determinadas circunstancias. La mayoría de autores que han escrito sobre mediación coinciden en que sus características esenciales son las siguientes:

a) La mediación es un proceso o método de resolución de conflictos en el que las partes principales y/o sus representantes, con la asistencia de un tercero

⁷² *Ibidem.*

imparcial, el mediador, consiguen por sí mismas, a través de la discusión y la negociación, adoptar acuerdos mutuamente satisfactorios.

b) La mediación es un proceso dotado de una serie de técnicas que se emplean para conseguir unos objetivos específicos. Los participantes protagonizan la mediación, pues son ellos quienes, asistidos por el mediador, dialogan, se comunican, negocian y adoptan sus propias decisiones. La elaboración de un plan o convenio para el futuro, que pueda ser aceptado y cumplido por los participantes, así como su preparación para aceptar las consecuencias de sus propias decisiones, se encuentran precisamente entre esos objetivos.

4.3. Diferencia entre la mediación y otras formas de solución de conflictos.

4.3.1. Mediación y arbitraje.

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje surgen del hecho de que, en una mediación, las partes conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. En términos concretos, ello tiene dos principales consecuencias:

“En el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes. Por consiguiente, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas, y en particular, sus intereses personales respectivos. Por ello, se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. El hecho de tener en cuenta los intereses personales también significa que las partes pueden decidir el resultado por

referencia a su futura relación más bien que únicamente por referencia a su conducta pasada.⁷³

Una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aun cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra.

Naturalmente, en vista de estas diferencias, la mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje.

Por tanto, en la mediación las partes conservan el control de la controversia sin delegar el poder de la toma de decisiones en el mediador. Por esa misma razón, cualquier resultado al que se arribe tendrá origen en la voluntad de los intervinientes. En tanto que en el arbitraje el resultado del proceso deriva del árbitro, quien resuelve según las normas que resulten de aplicación al caso concreto. Existiendo un tercero que decide, el proceso se desarrolla en un marco de ganador-perdedor, característica que no presenta la mediación.

4.3.2. Mediación y conciliación.

Para corrientes doctrinales como la norteamericana, argentina y brasileña entre otras, ambos procesos son diferentes, sin embargo para los colombianos, mediar y conciliar es lo mismo.

Es necesario puntualizar que la Constitución Política de la República de Venezuela, establece textualmente en su artículo 258 lo siguiente: "La ley

⁷³ HERRERA TREJO, Sergio. *La mediación en México*, México, Ed. Fundap, 2000, p. 22.

promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos⁷⁴ es decir señala tres procesos diferentes.

La conciliación y la mediación, están muy ligados en cuanto a su origen, naturaleza y metodología, no obstante, se diferencian en cuanto al procedimiento usado, aunque tienen el mismo fin. Por medio del mediador, quien no puede proponer fórmulas de solución, se persigue el objetivo de superar la disputa a fin que las partes continúen en sociedad. De no lograrse, entra en juego el conciliador, tercero neutral quien conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, y si puede asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo.

Así entonces, el objetivo del mediador es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, mediante el cual la solución definitiva, ocurra sin ganadores ni perdedores. Es fácil intuir que a menudo ambos procesos se entrelazan y que en ocasiones lo que comienza como una mediación, termina en una conciliación y viceversa. En todo caso, lo importante es comprender la inmensa utilidad de ambos procesos.

Por tanto, podemos abundar diciendo que entre la conciliación y la mediación existen (a pesar de ser figuras aparentemente semejantes) diferencias como son:

a) En la mediación, el tercero sólo actúa de simple moderador acercando a las partes para que éstas encuentren la solución, no tiene poder de decisión ni de propuesta, podrá en ocasiones dar una opinión o proponer la solución, pero en tanto las partes no las acepten como propias, sólo serán meras sugerencias carentes de valor y eficacia. En tanto que en la conciliación, el tercero al que

⁷⁴ Información recopilada del internet en la dirección <http://www.mas-venezuela.org.ve/consti.htm>, consultada el día lunes 26 de enero de 2004, en el portal Google México.

acuden las partes tiene una función activa al formular una propuesta o recomendación, la que obliga a las partes en cuanto acepten la misma.

b) La conciliación sólo puede ser utilizada cuando el conflicto haya nacido; no así, la mediación la cual puede ser utilizada ante la simple divergencia de las partes que pudiera derivar en un verdadero conflicto.

c) En la mediación los medios para resolver el conflicto existen en el ánimo de las partes, en la labor de aproximación del tercero para que lleguen a un acuerdo; no así en la conciliación en la cual el tercero tiene los conocimientos necesarios para formular sus propuestas o recomendación.

Para la autora Cecilia Azar Mansur "... tanto el conciliador como el medlador son terceros que intervienen en la resolución de litigios, no con la finalidad de imponer su decisión, sino de coadyuvar a solucionarlos mediante la comunicación entre las partes y la proposición de fórmulas autocompositivas."⁷⁵

De lo anterior se desprende que el conciliador es un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí, por propia iniciativa o por la de las partes o la de otro tercero; en caso de lograr la comunicación, propone medios de solución aceptables para las partes y puede, en consecuencia, lograr el acuerdo de éstas sobre el punto de discrepancia. La autora citada advierte que al conciliador, puede comprenderse de dos formas: una como sinónimo de mediador; otra, como una institución que reúne las siguientes características:

1. Es un órgano público determinado por la ley para tal efecto.
2. Su intervención no depende del acuerdo de las partes para que se acepte.
3. Controla la regularidad jurídica de las propuestas, esto es, que se ajusten no sólo a las posibilidades de las partes, sino también a Derecho.

⁷⁵ AZAR MANSUR, *Op. Cit.*, pp. 54 y 55.

Las opiniones anteriores no son aceptadas por la generalidad de los autores; como ejemplo podemos señalar que, para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "... el mediador es un tercero, no siempre rigurosamente imparcial, que presenta afinidades con el conciliador, por un lado, y con el árbitro por otro. Con el primero, coincide en el afán o propósito de avenir a las partes o, en todo caso, de zanjar sus diferencias en vía extraprocesal, y con el segundo, en ser, como regla, designado por ellas."⁷⁶

Por su parte, Guillermo Floris Margadant, aunque no de forma muy clara, establece como distinción el que "... un conciliador dirige la discusión entre las partes, pero en caso de que éstas no se pongan de acuerdo, presentará una posible solución conciliatoria (algo que un mediador nunca podrá hacer)".⁷⁷

De lo anteriormente expuesto podemos señalar que las principales diferencias entre la mediación y la conciliación son las siguientes:

I. La mediación es facultativa para las partes, la conciliación puede serlo o ser obligatoria.

II. La mediación es extraprocesal, la conciliación puede ser procesal o no.

III. El resultado de la mediación es un simple acuerdo entre las partes, el resultado de la conciliación puede ser un convenio, allanamiento o desistimiento que se homologa a una sentencia judicial.

IV. El mediador no es, necesariamente, un perito en Derecho, mientras que el conciliador sí debe serlo, o, al menos, tener conocimientos mayores que el normal de las personas.

V. El mediador no regula necesariamente la juridicidad de las propuestas, en tanto que el conciliador analiza y controla la licitud de las proposiciones.

⁷⁶ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Estudios de teoría e historia del proceso*, Vol. 3, México, Ed. Jurídica Universitaria, 2001, p. 265.

⁷⁷ Citado por HERRERA TREJO, *Op. Cit.*, p. 141.

4.4. Tipos de mediación.

4.4.1. Por el área de aplicación.

4.4.1.1. Familiar.

Atendiendo al hecho de que las relaciones familiares implican un conjunto de actitudes y sentimientos de gran importancia, y que se trata de vínculos que continuarán existiendo más allá del problema que surja en un momento, la mediación permite tender un puente de concordia, y resolver una controversia teniendo como prioridad el mantenimiento de la relación.

Así pues, y sabiendo de la importancia que tiene la mediación familiar en la sana convivencia social, encontramos que la doctrina la conceptúa de la siguiente manera: "1. Es una actividad práctica destinada a facilitar un diálogo que permita redefinir y resolver los problemas de reorganización familiar, atribuyendo a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones a su respecto. 2. Es un proceso de cooperación tendiente a resolver un conflicto en que un tercero imparcial es invitado por los protagonistas para que los ayude a encontrar un acuerdo satisfactorio. 3. Constituye un proceso de mediación que permite a los individuos disponer sobre su propio futuro procurando acuerdos homologables en cuanto a los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de familia. 4. Su objetivo básico es encuadrar el conflicto dentro de un proceso de cooperación procurando no disolver sino reorganizar la familia, posibilitando que las propias partes reglen sus relaciones futuras. Básicamente procura no tanto el acuerdo sino la colaboración a través del mismo. Son algunos supuestos de aplicación de la mediación familiar, además de la separación, el divorcio y otras cuestiones conexas las situaciones de conflictos generacionales, los procesos sucesorios, etc."⁷⁸

⁷⁸ HAYNES, *Op. Cit.*, p. 10.

La mediación familiar va dirigida a todas las personas que se encuentren inmersas en una situación de conflicto, bien sea con su pareja, sus hijos, sus padres o cualquier otro miembro de su entorno familiar.

La mediación familiar pretende por lo tanto:

- a) Reanudar o facilitar la comunicación.
- b) Conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta.
- c) Atender a las necesidades de cada miembro de la familia.
- d) Alcanzar acuerdos duraderos.

Entre los asuntos familiares que pueden resolverse a través de la mediación se encuentran, entre otros los siguientes: Separaciones o divorcios, ruptura de la convivencia de las parejas, acuerdos prematrimoniales, división de bienes, problemas derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia y visita de los menores, incumplimientos de los términos acordados en convenios reguladores aprobados por resolución judicial, asuntos hereditarios, relaciones familiares, entre otros más.

Esta mediación se aplica en asuntos de familia, incluyendo personas casadas y no casadas, antes y después de sentencias incluyendo la disolución del matrimonio, división de la propiedad, responsabilidad parental única o compartida, o alimentos, custodia y régimen de visitas.

Estos casos de mediación familiar son la vía para la actualización de emociones muy poderosas, pues presentan temas fundamentales que están en crisis, tales como el matrimonio, los hijos y demás consideraciones emocionales o financieras no presentes de modo usual en otros casos en los juzgados civiles.

El mediador debe estar preparado para recibir y procesar estas emociones, que siempre estarán de una manera u otra presentes antes, durante y después de

la sesión de mediación. Es posible suponer que las partes vienen con un alto grado de ansiedad y fantasías de soluciones mágicas, que se verán necesariamente frustradas por el enfoque de la mediación, que trabaja sobre temas concretos y manejables.

En los peores casos, el mediador será visto, sin estímulo de su parte, como un juez, un aliado, un enemigo o alguien a quien controlar o manipular. Sabiendo que estas fantasías son inevitables ayudará al mediador a concentrarse en los temas en los cuales sí es posible llegar a una solución concreta y tangible. Pero la dedicación, el respeto y la escucha atenta del mediador ayudarán a las partes a ver en la mediación una ayuda limitada pero necesaria a sus problemas.

Las negociaciones en temas de familia son conducidas generalmente por las partes mismas. Puede haber un asesor legal que esté presente en la sesión, y que asesore privadamente a su cliente, pero esta presencia es aleatoria. Se puede proceder sin consejo legal, salvo que haya advertencia del juez de proceder de otra manera.

4.4.1.2. Penal.

La mediación penal es el proceso formal en el que dos partes enfrentadas a causa de un determinado suceso (delito) deciden confrontar sus puntos de vista y buscar una solución libremente acordada a su conflicto con la ayuda de un tercero que actúa desde una posición, en principio neutral.

Son las partes –víctima y victimario- las encargadas de encontrar una solución a su problema. La labor del mediador, que debe evitar hacer imposición alguna, se concretará en poner en relación y acompañar a estas personas a encontrar esa solución.

La mediación, desde esta perspectiva, es considerada una medida de justicia restaurativa que parte de la toma de conciencia del acto delictivo por parte del autor, para dar un siguiente paso de responsabilización y reparación del daño causado, evitando además la estigmatización que puede resultar del procedimiento penal tradicional. Por otro lado, permite a la víctima participar activamente en el proceso: se le devuelve el conflicto ya que tiene la posibilidad de actuar por sí misma, y no representada por el Ministerio Público, quien, en cierto modo, le arrebató el conflicto haciendo del mismo una cuestión supra-personal.

La mediación penal "...consiste en la participación voluntaria del imputado por un delito o falta y de la víctima o perjudicado, en un proceso de diálogo y comunicación, conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada a los intereses de ambas partes."⁷⁹

Se emplea para resolver disputas relacionadas con delitos menores en los que el Estado entiende que la solución podría pasar por un arreglo entre las partes cuando el ofensor no haya cometido un crimen que, por su naturaleza, deba de ser castigado con penas de privación de libertad.

Como ejemplo puede ser citado el numeral 1.8 del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, en su numeral 1.8 establece textualmente lo siguiente: "Tratándose de conductas delictivas se admitirá la mediación y la conciliación en los delitos perseguibles por querrela; sin embargo, en los perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a mediación o conciliación."

La mediación penal cumple con los objetivos de asegurar la primacía de la víctima, y se agregan dos beneficios: el primero, que la mediación favorece lo que se conoce como prevención de integración, que es la perspectiva desde el

⁷⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal*, México, Ed. Themis, 1995, p. 372.

agresor, que -enfrentado a su víctima y al problema causado- podrá aceptar con mejor predisposición esta "vuelta" al ámbito de la legalidad y así se evitará, consecuentemente, la imposición de una condena, con todo lo que esto significa en cuanto a estigma y marginalización

Y el otro, que quizás para algunos sea el único, es que la introducción y utilización de la mediación penal tiende a hacer más eficiente el sistema, porque al ser una institución que está ubicada en el inicio del proceso, en realidad sustituye o acorta al procedimiento jurisdiccional, y según sea el sistema instaurado, en la decisión de no llevar adelante la acción penal si el conflicto se ha resuelto por autocomposición.

4.4.2. Por el lugar de aplicación.

4.4.2.1. Comunitaria.

La mediación comunitaria se orienta "... a la resolución de problemas de convivencia en el barrio, la colonia o el poblado. Se caracteriza porque no requiere la participación de mediadores expertos (aunque sí con un mínimo de capacitación), sino que comúnmente se trata de habitantes del lugar reconocidos por sus cualidades humanas y deseo de ayudar."⁸⁰

Abundando teóricamente sobre la mediación comunitaria, encontramos que la autora Karen Grover Duffy señala que ésta se refiere a los siguientes aspectos: "1. Es la expresión de la idea general del ideal universal de acuerdo entre todos los seres humanos. Es la que se aplica en la comunidad, entendiendo por tal al grupo específico de personas que suelen convivir en un área geográfica delimitada, que comparten una cultura común, están organizadas en torno a una estructura social y muestran cierta conciencia de su identidad como grupo. 2. Es el proceso que tiende a la resolución de conflictos que afectan la convivencia

⁸⁰ RIPOL MILLET, Alex. *Familias, trabajo social y mediación*, Buenos Aires, Argentina, 4ª ed. Ed. Paidós, 1993, p. 92.

cotidiana: ruidos molestos, problemas con la basura, comportamiento agresivo de animales domésticos, relaciones entre consortes, pequeñas rencillas familiares, transacciones insatisfactorias entre proveedores y receptores de servicios. Se trata de cuestiones 'menores' pero que pueden perturbar a cualquiera e, incluso, propiciar violencia futura."⁸¹

Como sabemos una comunidad es una agrupación o conjunto de personas que habitan un espacio geográfico delimitado y delimitable, cuyos miembros tienen conciencia de pertenencia o identificación con algún símbolo local y que interactúan entre sí más intensamente que en otro contexto, operando en redes de comunicación, de intereses y apoyo mutuo, con el propósito de alcanzar determinados objetivos, satisfacer necesidades, resolver problemas o desempeñar funciones sociales relevantes en el ámbito local.

Ahora bien, casi cualquier conflicto en que estén implicadas las personas y organizaciones de la comunidad puede ser mediado. La doctrina coincide en señalar que la mediación "... es una excelente opción cuando las personas involucradas en un conflicto deben continuar relacionándose y éste es el caso de los conflictos entre miembros de una misma comunidad."⁸² La mediación comunitaria facilita un espacio para resolver las diferencias y conflictos entre los individuos, grupos y organizaciones de la comunidad en la que se desarrolla.

Dentro de los objetivos de la mediación comunitaria tenemos los siguientes:

- a) Mejorar la comunicación, la comprensión mutua y la empatía entre los miembros de la comunidad (individuos, entidades y asociaciones).
- b) Capacitar a aquellos miembros de las asociaciones de vecinos, de comerciantes u otras interesadas en mejorar sus habilidades en negociación y resolución de conflictos.

⁸¹ GROVER DUFFY, Karen. *La mediación y sus contextos de aplicación*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Paidós, 1997, p. 167.

⁸² RIPOL MILLET, *Op. Cit.*, pp. 94 y 95.

- c) Ofrecer un espacio donde los miembros de la comunidad implicados en un conflicto o desacuerdo tengan la oportunidad de trabajar juntos en su resolución.
- d) Ofrecer información sobre recursos que permitirán a las partes en conflicto tomar sus propias decisiones y aplicar sus soluciones.

Dentro de las áreas de intervención que tiene la mediación comunitaria se encuentran las siguientes: la vecindad; el arrendador y el arrendatario; el comercio y el consumidor; las víctimas y los delincuentes; y el medio ambiente, entre otros.

Muchos de los organismos, entidades y servicios de la comunidad (policía municipal, servicios sociales, asociaciones de vecinos, hospitales, escuelas, empresas, iglesia, entre otras) a pesar de no dedicarse a la resolución de conflictos, sí conocen de su existencia a través de sus relaciones con el público. Puede establecerse una red de canales para derivar estos conflictos a mediación a través de entes y organizaciones de los servicios comunitarios existentes.

4.4.2.2. Escolar.

El origen de la mediación escolar se remonta a la década de los años sesenta en los Estados Unidos, cuando diversos grupos religiosos y movimientos por la paz reconocieron la necesidad de enseñar a niños y jóvenes determinadas habilidades para la resolución de conflictos en forma no violenta, proceso que fue incorporado por los profesores en sus clases.

“Hacia 1981 se fundó un movimiento denominado Educadores para la Responsabilidad Social (*Educators for Social Responsibility*, ESR por sus siglas en inglés), en el cual padres y educadores trataban de educar en la prevención de posibles conflictos nucleares. En el campo específicamente educativo surgió, hacia 1984, NAME (Asociación Nacional de Mediación en Educación), agrupación que actualmente cuenta con más de mil afiliados, entre miembros del profesorado

y de la dirección de centros de enseñanza primaria, secundaria y universitaria e instituciones educativas, interesadas en trabajar con programas de resolución de conflictos. Este centro provee materiales para la mediación, publica boletines, realiza congresos, etc. A partir de allí aumentó el número de programas de mediación educativa y su práctica fue extendiéndose por todo el mundo. A través de este recurso se fomenta el diálogo, el aprendizaje cooperativo, la solución de controversias, la afirmación, el establecimiento de normas y fronteras en un marco democrático y participativo, la apertura y empatía, la comprensión y el manejo de la agresividad y la violencia, la promoción de modos de confrontación no violentos, la autocomposición de intereses por las partes que afrontan el conflicto, etc.”⁸³

La mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos. Es la intervención no forzada de una tercera persona imparcial, que ayuda a personas de la comunidad escolar en conflicto a resolverlo o transformarlo por ellas mismas.

Tiene como principales objetivos: abordar los aspectos negativos y destructivos del conflicto y transformarlos eliminando la violencia y destructividad que habitualmente generan. Tiende también a convertir las situaciones conflictivas que se viven diariamente en clase en oportunidades de aprendizaje. A partir de la mediación escolar se puede facilitar a maestros y profesores unos contenidos que sirvan para trabajar el apartado de actitudes, valores y normas.

Así entonces, la mediación escolar busca resolver, de forma pacífica y mediante acuerdos, los conflictos que surgen en comunidades estudiantiles, ya sea entre alumnos y maestros o entre cualquier grupo de ellos. En el caso de la UNAM, por ejemplo, esta función la realiza la Defensoría de los Derechos Universitarios. La meta de la mediación escolar es el acuerdo entre profesores, estudiantes, padres y centros de enseñanza.

⁸³ BRANDONI, Florencia. *Mediación educativa*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Paidós, S.A., 1990, p. 6.

Por último, consideramos oportuno citar que entre los asuntos que se tratan generalmente en la mediación escolar, se encuentran los siguientes:

- a) Relaciones entre centros educativos y profesores.
- b) Relaciones entre centros escolares y/o profesores con los padres de los alumnos.
- c) Relaciones entre alumnos y entre éstos con los profesores, con sus padres y con el centro de enseñanza.

4.4.3. Por el momento procesal de aplicación.

4.4.3.1. Extraprocésal.

La mediación extraprocésal es aquella que se realiza fuera de un proceso judicial, y no constituye una fase previa del mismo, ya que la ausencia de resultado positivo no lleva irremediablemente al planteamiento de una demanda.

4.4.3.2. Preprocesal.

La mediación preprocesal se realiza como un paso necesario previo al acceso a los tribunales. En ocasiones se le sustituye por conciliación, ya que suele realizarse ante un organismo público.

4.4.3.3. Intraprocésal.

La mediación intraprocésal es la que se realiza dentro de un proceso judicial, dentro de la audiencia preliminar o despacho saneador. Suele ser sustituida por la conciliación.

4.5. Experiencias de otros países.

4.5.1. Argentina.

En esta nación sudamericana existe la Ley de Mediación de 1994, ordenamiento que ha instaurado como obligatoria la mediación previa a la proposición de la demanda. Esto ha provocado el surgimiento de centros oficiales y particulares de mediación y conciliación. Respecto de esta ley no se ha cuestionado la obligatoriedad de la mediación, sino el hecho de que el responsable en el ámbito nacional es un órgano del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Justicia, y no el Poder Judicial.

“Se trata de un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como lo es en el caso de una sentencia judicial.”⁸⁴

En Argentina, la mediación se caracteriza por:

“1. Ser una instancia eminentemente voluntaria. Las partes deciden participar o no en el proceso de mediación y ponerle fin en cualquier momento y no están obligadas a llegar a un acuerdo;

2. Estar basada en el principio de confidencialidad. Es decir, que el mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las sesiones; salvo autorización expresa de los mediados;

⁸⁴ HISGTON, *Op. Cit.*, p. 184.

3. No estar sujeta a reglas procesales. El procedimiento es absolutamente informal y flexible;

4. Posee una real inmediatez, ya que las partes actúan por sí mismas;

5. Ser efectivamente cooperativa. Las partes actúan, negocian y proponen las soluciones. El acuerdo parte de los propios interesados, protegiendo así los intereses de ambos.⁸⁵

Por otra parte debemos señalar que todos los casos son susceptibles de ser mediados, pues a través de la mediación se logra la comprensión de las necesidades e intereses de cada uno y se generan diferentes alternativas de solución, mirando hacia el futuro y satisfaciendo las expectativas de todos los interesados.

En especial, es recomendable para aquellos casos en los cuales los involucrados en el conflicto tienen una relación que se continuará en el tiempo, como lo son, las disputas en el ámbito familiar, empresarial, entre vecinos, entre proveedores y consumidores, entre deudores y acreedores o en la comunidad educativa.

Las partes, enfrentadas por posiciones aparentemente contrapuestas y el mediador. En la mediación prejudicial, legislada en la República Argentina por la Ley 24.573, deben ser asistidas por un abogado.

El mediador, profesional especialmente capacitado para dirigir este tipo de procesos, actuará, en los casos que lo considere necesario, asistido por un comediador de diferente especialidad, cuya presencia en las sesiones se resuelve de acuerdo a la conveniencia de cada caso concreto. Su función es la de un tercero imparcial a quien los interesados delegan la tarea de mediatizar entre

⁸⁵ *Ibidem.*

ambos y ayudarlos a procesar los datos que generan el conflicto. Su rol es objetivante, asistiéndolas en el cotejo de sus respectivas posiciones con la realidad. La posición del mediador debe ser negociadora, colaborando en la búsqueda de soluciones, pero nunca reemplazando a las partes en la elaboración de las mismas.

Los tipos de mediación que regula la legislación argentina⁸⁶ son:

a) **Mediación prejudicial:** El alto nivel de litigiosidad y la morosidad en la resolución de las causas fueron sendos motivos que impulsaron la imposición de la mediación prejudicial con carácter obligatorio en la ciudad de Buenos Aires, a través de la Ley 24.573. La misma rige desde abril de 1996 y su vigencia (originariamente de cinco años) fue prorrogada por cinco años más. Se promueve así la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia, excluyéndose de tal imposición las causas penales y algunos otros supuestos taxativamente enumerados en el artículo 2 de la mencionada ley.

b) **Mediación con carácter voluntario.** En la provincia de Córdoba se dictó la Ley 8.858 estableciendo la mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, imponiéndose su obligatoriedad sólo en las contiendas de naturaleza civil y comercial cuando los juicios deban sustanciarse por el trámite declarativo abreviado y ordinario, cuyo monto no supere los ciento cuarenta días de salario; en las causas que se solicite el beneficio de litigar sin gastos y cuando el juez por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses en juego estimare conveniente instar dicho procedimiento.

c) **Mediación Familiar:** La complejidad y la trascendencia de los conflictos familiares torna necesario buscar formas de resolverlos que provoquen los menores perjuicios posibles a las personas involucradas y a las diferentes

⁸⁶ Información recopilada del internet en la dirección <http://www.aryme.com/aryme/esp/adr>, portal Google, el día 8 de enero de 2004.

relaciones que se desarrollan en el interior de la familia. La mediación da oportunidad de pensar las crisis familiares como un proceso de reorganización y reordenamiento de la "sociedad parental", más allá de la continuidad o no del vínculo conyugal.

La mediación familiar ocupa un espacio privilegiado en la prevención primaria y brinda la posibilidad de abordar cuestiones tales como alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal, cuestiones atinentes al divorcio, conflictos sucesorios pero también, aquellas cuestiones relacionadas con la vida familiar -marital o filial- que, de no encontrar una solución razonable, podrían provocar la ruptura del vínculo.

d) **Mediación Empresarial:** La maximización de recursos y la reducción de costos son exigencias ineludibles de la creciente competitividad a la que un mercado en franco proceso de globalización somete a las organizaciones que lo constituyen.

El conocimiento de nuevas técnicas que contribuyan a optimizar el rendimiento de sus empresas, es hoy requisito indispensable para los empresarios y el personal técnico que los asesora. La mediación es una nueva forma de enfocar los conflictos, tanto internos como interempresarios. Su auge se debe a la incidencia que esta nueva metodología tiene en el logro de los objetivos de optimización, pues, al evitar juicios costosos e interminables, produce ahorro de tiempo y dinero; al perfeccionar las técnicas de negociación y el logro de acuerdos, preserva y mejora las relaciones interempresarias; al propiciar el encuentro y fortalecimiento de puntos de convergencia, amplía el espectro de negocios posibles; al administrar los conflictos internos de la empresa, mejora la relación entre los distintos niveles y subestructuras de la organización, racionalizando sus intercambios y optimizando el rendimiento.

e) Mediación Educativa: La mediación interviene como una estrategia pedagógica, en la medida que se encuentra a través de ella una forma de solucionar los conflictos frecuentes en las organizaciones educativas.

Se trata en este ámbito, de un método susceptible de dar respuesta adecuada a las distintas problemáticas que se generan en la convivencia a diferentes niveles. Permite redimensionar las funciones docentes; prevenir la frustración y el deterioro de la salud física y mental de los integrantes de la comunidad educativa; conducir las dificultades que plantea el alumno y la familia en cada nivel; encauzar los problemas de violencia y de disciplina, en definitiva, permite lograr un cambio de actitudes y capacidades nuevas.

Así entonces, de lo anteriormente expuesto encontramos que en Argentina la mediación se encuentra expresamente regulada, y se conforma como un procedimiento tendiente a promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Por último, cabe advertir que el procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Causas penales.
2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. Amparo, hábeas corpus e interdictos.

6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.

7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.

8. Juicios sucesorios y voluntarios.

9. Concursos preventivos y quiebras.

10. Causas que se tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.

Así entonces, en Argentina mediante la Ley de Mediación de 1996 "... se ha instaurado como obligatoria la mediación previa a la proposición de la demanda. Esto ha provocado el surgimiento de centros oficiales y particulares de mediación y conciliación. Respecto de esta normatividad no se ha cuestionado la obligatoriedad de la mediación, sino el hecho de que el responsable en el ámbito nacional es un órgano del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Justicia, y no el Poder Judicial."⁸⁷

4.5.2. Estados Unidos.

En Estados Unidos es donde propiamente comenzó a utilizarse la mediación en las áreas laborales y familiares desde hace casi treinta años, sólo fue en la última década que finalmente la *American Bar Association* creó la sección de Resolución Alternativa de Disputas en su seno, reconociendo las demandas que se manifestaban en el mundo empresarial.

La expansión desde allí fue general, al punto que el propio gobierno ordenó a sus agencias el uso de esos métodos que hoy utilizan. Incluso en el área impositiva.

La Justicia no sólo cedió en su rechazo inicial sino que en algunos Estados de esa nación utiliza ya abiertamente el sistema multipuertas que selecciona los

⁸⁷ HISGTON, *Op. Cit.*, p. 184.

casos y deriva muchos de ellos, sea por mediación o por arbitraje privado según sus características e incluso ha establecido como obligatorio el paso por la mediación.

"Los estados de Texas y Arizona tienen ya una relevante actividad en la mediación y conciliación. En Texas se organiza, en cada condado, la llamada 'semana de la conciliación', donde se ofertan al público servicios de medios alternativos mediante una amplia difusión. En Arizona existe gran experiencia en mediación familiar y comunitaria."⁸⁸

El 1 de diciembre de 2001, se produjo un cambio en las Normas de Procedimiento en lo Civil de Arizona (denominado también ARCP 16g), en el cual se impuso a las partes en disputa ante un tribunal, la obligación de hablarse (por teléfono o en persona) sobre la posibilidad de zanjar una resolución y también sobre si algún tipo de Resolución Alternativa de Disputas (ADR) les pudiera ayudar a llegar a una solución.

La Regla en cuestión exige que las partes le den cuenta al tribunal de que han hablado de la resolución o ADR, a fin de informarle a ese órgano cuál de los procesos de ADR prefieren, y para cuándo piensan que habrán completado el proceso. "La ADR es una alternativa pacífica al proceso de la sala de juzgado que ayuda a las partes en disputas judiciales a llegar a un acuerdo sin que el juez tenga que decidir todas las cuestiones del litigio. Existen en la actualidad programas de ADR patrocinados por los tribunales de toda la Unión Americana sin mayor costo, o las personas en conflicto pueden contratar a un profesional de ADR."⁸⁹

⁸⁸ VADO GRAJALES, Luis Octavio. *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*, información recopilada de internet en el correo electrónico ivado@contemporanea.edu.mx.

⁸⁹ GROVER DUFFY, *Op. Cit.*, p. 37.

El objetivo de la ADR es alentar la resolución de los casos de conflictos en las relaciones familiares. Las ventajas de la ADR son, entre otras:

- a) Que se brinda a las partes la oportunidad de resolver las disputas con mayor rapidez y con menos costo que un juicio.
- b) Brinda a las partes mayor control en la resolución negociada.
- c) Ofrece a las partes más satisfacción con los resultados que la litigación.

También existe la mediación o negociación abierta por medio de los servicios de conciliación en cuestiones de custodia de los hijos o tiempo con los hijos (anteriormente se le denominaba "régimen de visitas"), son ADR patrocinadas por el tribunal donde las partes laboran con una tercera parte neutral (denominado mediador o negociador) para llegar a un acuerdo mutuo en las responsabilidades de la crianza de hijos.

A los padres que se deciden a mediar o negociar a través de los Servicios de Conciliación, se les exige que se presenten a un número mínimo de sesiones de mediación.

El mediador, que es un consejero neutral, labora con las partes para llegar a un acuerdo sobre la custodia y/o el tiempo con los hijos. Las consultas de mediación son privadas y confidenciales. Nada de lo que se diga o escriba durante la mediación se puede revelar, salvo que todas las partes que participan en la mediación den su consentimiento. El mediador ayuda a los padres a identificar las necesidades de los hijos y la capacidad de cada uno de los padres de atender dichas necesidades, reestructurando las relaciones familiares.

Juntos diseñan opciones y consideran las posibilidades para desarrollar un plan factible de crianza que sea en bien de los hijos. La negociación abierta es un proceso semejante a la mediación, puesto que el negociador ayuda a las partes a

identificar las necesidades de los hijos y cómo se pueden satisfacer esas necesidades. Sin embargo, la negociación abierta no es confidencial. Las partes se reúnen con el negociador a fin de tratar de resolver sus diferencias. Si son incapaces de llegar a un acuerdo, el negociador podrá hacer llegar al conocimiento del tribunal las cuestiones en las que hay acuerdos y desacuerdos.

4.5.3. Perú.

El 13 de noviembre de 1997 se publicó la Ley Número 26.876 que regula entre otros temas, la conciliación prejudicial obligatoria. En este caso, el conciliador puede proponer fórmulas conciliatorias a las partes, siendo una de ellas la mediación.

Asimismo, se determinó la creación de centros piloto, con el apoyo del Banco Mundial. Por tanto, en este país sudamericano la mediación ha sido utilizada como una medida para acercar la justicia a los grupos marginados, principalmente Indígenas.

4.5.4. Venezuela y otras naciones.

El 15 de diciembre de 1999 Venezuela adoptó una nueva Constitución Política en la cual se estableció que "La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos"

"Aunque la mediación es un procedimiento poco conocido en Venezuela, en los últimos años ha despertado gran interés por el tema por ser más flexible, informal, breve y económico que el arbitraje, por lo que está destinada a ser utilizada con mayor frecuencia una vez que los abogados y los ciudadanos en

general, se familiaricen con este procedimiento y se promulgue una ley especial que lo norme junto con la Conciliación.”⁹⁰

En el mundo empresarial venezolano “la mediación es una nueva forma de enfocar los conflictos, tanto internos como inter-empresariales. Su auge en este medio se debe a la incidencia que esta nueva metodología tiene en el logro de los objetivos de optimización, pues evita problemas dentro de la empresa, ya sea por los empleados entre sí o con la gerencia. Por otra parte capacita para manejar e interrumpir potenciales diferencias con los clientes, que pueden desembocar en juicios costosos e interminables. Entre las ventajas del proceso encontramos que preserva la relación entre las personas involucradas en la disputa, ayudándolas a resolver el problema manteniendo su capacidad de autodeterminación y de continuar una relación que ha sido afectada circunstancialmente.”⁹¹

Es necesario destacar que la mediación en Venezuela, tan sólo es un medio alternativo, más no substitutivo de la justicia ordinaria, inevitablemente habrá disputas que tendrán que ser decididas por un tercero, llámese árbitro o juez.

En lo que respecta al empleo de la mediación en otras naciones, tenemos que mencionar las siguientes:

En Japón, “... desde hace tiempo existen juntas de conciliación y mediación integradas con dos particulares y un juez, que escuchan a las partes del litigio y les sugieren una solución razonable.”⁹²

En China, la mediación ha tenido un gran desarrollo, sobre todo en lo que respecta a la comunitaria, en donde se utiliza a particulares que, después de

⁹⁰ Información recopilada en www.inter-mediacion.com/pasosprocesosmediacion.ht, portal google, el día 8 de enero de 2004.

⁹¹ FRANCO O., Óscar J. *Los medios alternativos de resolución de los conflictos*, Información extraída del internet en la dirección mediacion@cantv.net, el día lunes 26 de enero de 2004, en el portal Google México.

⁹² *Ibidem*.

realizar sus labores cotidianas, se dedican a atender problemas de su barrio, incluyendo desde disputas, entre vecinos hasta conflictos familiares. En cuanto a las causas civiles, los tribunales intentan la mediación en la mayoría de los casos.

En Paraguay, "... la Corte Suprema de Justicia tiene diseñado un programa de mediación anexa a los tribunales en cuya elaboración intervino la Fundación Libra, así como también en la tarea de sensibilización que se ha efectuado en el sector judicial. Está en vías de ser puesta en ejecución la Experiencia Piloto de Mediación."⁹³

En Uruguay, partiendo de una iniciativa de la Corte Suprema de Justicia hecha en 1996 se crearon los Centros Vecinales donde se prestan servicios de mediación. Estos Centros se instalaron en dependencias vecinales del Ministerio de Salud.

Finalmente, encontramos el caso de Chile en donde durante el año de 1997 se desarrolló un proyecto piloto de mediación familiar a través de Centros Comunitarios que se establecieron en Valparaíso y Santiago auspiciados por el Ministerio de Justicia. Asimismo, la Cámara de Comercio de Santiago ofrece servicios de arbitraje y de mediación. En el curso del año de 1998, la Cámara de Comercio de Valparaíso comenzó a formar su cuerpo de mediadores y se encuentra apoyada por un programa Interamericano de Desarrollo al igual que la de Santiago, mediante la modalidad de préstamos no reembolsables.

4.6. Experiencia sobre mediación en el Estado de México.

Antes de verter una propuesta personal sobre el tema que se ha analizado en esta investigación, resulta importante señalar que la figura de la mediación no es un tema desconocido en nuestro sistema jurídico, sin embargo en la actualidad únicamente se encuentra regulado en algunas Entidades Federativas, tales como

⁹³ *Ibidem.*

Querétaro, Baja California Sur y Quintana Roo, sin embargo ha sido en el Estado de México en donde ha cobrado más fuerza, tal y como a continuación veremos:

La mediación como puede concluirse de los capítulos anteriores es concebida como "...el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con objeto de que terminen sus diferencias con un convenio, en tanto que la conciliación es el proceso en el que uno o más conciliadores asisten a las partes en conflicto, para facilitar las vías de diálogo proponiendo alternativas y soluciones al conflicto."⁹⁴

Así también es de destacar que en el Poder Judicial del Estado de México, la mediación y la conciliación se admiten antes, durante y después de un proceso judicial. En materias civil, familiar y mercantil, las partes pueden someter a la mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoria, en tanto que en el ámbito penal, la ejecución de la sentencia podrá ser regulada a través de la mediación y la conciliación en lo relativo a la reparación del daño, pudiéndose hacer uso de tales medios para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito, tal como lo establece el artículo 423 del Código de Procedimientos Penales de dicha entidad, donde se prevé que el órgano jurisdiccional que hubiere conocido la primera instancia dictará las disposiciones necesarias para la ejecución de la sentencia, pudiendo recomendar la mediación y la conciliación como medios para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

⁹⁴ Información recopilada del internet en la dirección <http://www.pjedomex.gob.mx>, portal Google México, el día martes 17 de febrero de 2004.

Según lo expresado por el autor Héctor Hernández Tirado⁹⁵ los principios que rigen la mediación y conciliación son:

a) **Principio de voluntariedad:** La mediación y la conciliación son voluntarias, por lo que no pueden ser impuestas a persona alguna.

b) **Principio de gratuidad:** La mediación y la conciliación son servicios totalmente gratuitos, quedando prohibido por la ley toda clase de dádivas o gratificaciones.

c) **Principio de neutralidad.** Los mediadores-conciliadores, no pueden hacer ningún tipo de alianza con ninguno de los participantes en el conflicto.

d) **Principio de confidencialidad.** Que se refiere a que todo lo dicho y ocurrido durante las sesiones de mediación, no se divulga ni se comunica a nadie.

e) **Principio de imparcialidad.** El mediador-conciliador no debe actuar a favor o en contra de alguno de los participantes en el conflicto.

Por otra parte, desde una perspectiva histórica tenemos que en el Estado de México, en el año 2002, la LIV Legislatura del Congreso Local, recibió del Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, Magistrado Abel Villcaña Estrada, la Iniciativa de reforma legal para incorporar en la legislación estatal la mediación y la conciliación como medios alternos de justicia, esto con sustentación en el artículo 51, fracción III, de la Constitución Política local, y en el artículo 42, fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En ocasión de la mencionada iniciativa, "...las Comisiones Unidas de Legislación y Administración de Justicia de la LIV legislatura, presidida por el

⁹⁵ HERNÁNDEZ TIRADO, Héctor. Ponencia denominada: "Razones por las que legalmente la mediación y la conciliación en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, se pueden admitir antes, durante y después de juicio", México.

Diputado David Ulises Guzmán Palma, llevaron a cabo una amplia investigación sobre la filosofía y práctica de la mediación y la conciliación. Visitaron, entre otras ciudades, Querétaro, La Paz, Baja California Sur y Cancún, Quintana Roo, donde pudieron constatar que tales medios alternativos se encuentran operando con éxito y con un alto beneficio social.⁹⁶

Consecuentes con los fines de su investigación, las citadas Comisiones, tomando en cuenta las condiciones políticas, sociales, educativas, culturales y económicas generales de la entidad, incorporaron en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en vigor a partir del 16 de julio de 2002, la mediación y la conciliación, estableciéndose en el artículo 2.307 que las controversias jurídicas entre los particulares, podrán resolverse a través de la conciliación o de la mediación como medios alternativos a la vía jurisdiccional y que los tribunales podrán remitir a los particulares al Centro de Mediación y Conciliación previo su consentimiento que deberá constar en forma fehaciente.

Con las reformas aludidas, la soberanía del Estado de México dio base a la creación de mecanismos legales facilitadores de la convivencia pacífica en el suelo mexiquense, propiciando programas específicos de la educación para la paz.

Por lo que hace al marco legal que existe en la entidad mexiquense en materia de mediación y conciliación, tenemos que destacan los siguientes ordenamientos:

a) El Código de Procedimientos Civiles vigente a partir del 16 de julio de 2002 (artículos: 1.231, fracción IV; 2.157, párrafo segundo; 2.160, párrafo segundo; 2.307 y 2.308).

⁹⁶ HERNÁNDEZ TIRADO, Héctor. Ponencia "Reflexiones en torno a la reforma legislativa en materia de mediación y conciliación en el Estado de México", México.

b) El **Código de Procedimientos Penales del Estado de México** reformado el 10 de diciembre de 2002 (artículos: 99, fracción VI; 162, fracción VII; 185, párrafos tercero, cuarto y quinto; 187, fracciones tercera y cuarta; y 423).

c) La **Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio en el Estado de México**, reformada el 10 de diciembre de 2002 (artículos: 57, fracción IV; 59, 60 y 61).

d) La **Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México**, reformada el 10 de diciembre de 2002 (artículos: 5º, fracciones XI y XII; 63, fracción XXIX; 116 bis; 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185 y 186).

e) La **Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar en el Estado de México**, del 31 de diciembre de 2002 (artículos: 27 y 34) del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

f) **Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México**. El Centro de Mediación y Conciliación es un órgano del Poder Judicial que tiene a su cargo los servicios de mediación y conciliación extrajudicial, depende del Consejo de la Judicatura y está a cargo del Director designado por el propio Consejo, lo anterior según se desprende del contenido de los numerales 2.1. y 2.2. del citado ordenamiento.

Los mediadores-conciliadores del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, son mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos, tienen más de 30 años de edad, son profesionales titulados en alguna rama humanística, son profesionales de la mediación y conciliación, recibieron previamente un curso de formación de 256 horas implementado por el Consejo de la Judicatura en coordinación con el "Instituto de Capacitación y Especialización Judicial" (actualmente "Escuela Judicial") y con el "Instituto de Mediación de México, S.C."

Los mediadores-conciliadores recibieron su nombramiento del Consejo de la Judicatura después de haber obtenido las más altas calificaciones en los exámenes de oposición correspondientes, demostrando tener las habilidades y conocimientos teóricos y prácticos suficientes para desempeñarse en los servicios de la mediación y conciliación.

En otro orden de ideas, se observa que el proceso de la mediación o conciliación se realiza bajo los siguientes parámetros:

a) Los participantes son las personas que han manifestado expresamente la voluntad de someter al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, el conflicto existente entre ellas.

b) La apertura del trámite da inicio mediante la firma de la solicitud respectiva que proporciona el Centro de Mediación y Conciliación, misma donde se captura el nombre domicilio y teléfono del solicitante; el nombre, domicilio y teléfono de la parte complementaria y la síntesis de los hechos que motivan la solicitud.

c) Abierto el trámite, un trabajador social del centro, se constituye en el domicilio de la parte complementaria del solicitante, en el lugar donde trabaje o pudiera localizarla, para invitarla a participar en una reunión de mediación en la cual el centro asistirá a los interesados en la búsqueda de una solución común y pacífica en relación al problema de que se trate.

d) En dicha invitación, se le hace saber por escrito al invitado que la mediación o conciliación son procedimientos extrajudiciales, donde impera la voluntad de las partes para solucionar conflictos o divergencias a través de un procedimiento ágil, flexible y gratuito, ahorrando el tiempo y los costos de un proceso judicial.

e) Las sesiones de mediación o conciliación son orales y se celebran todas las que sean necesarias para la resolución del conflicto. La experiencia en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, establece que en la tercera o cuarta sesión, por lo general, se perfila la posibilidad de un convenio que ponga fin a la controversia, en ocasiones, antes de la tercera sesión se concreta un convenio satisfactorio para todas las partes, al descubrir éstas que la mediación o la conciliación, son: "...mucho más que una técnica de resolución de disputas, pues permiten un desarrollo interior que revaloriza y produce en el ser humano el interés por sí mismo y por los demás, de forma tal que lo concientiza de que no puede vivir más que de forma pacífica en sociedad, por lo que se ha considerado que son medios eficaces de cultura de la paz, que se caracterizan por el reconocimiento de los errores cometidos y la consideración de aquellas personas a quienes se ha afectado, lograda a través de un procedimiento de diálogo y tolerancia promovido por mediadores y conciliadores profesionales capacitados para ello".⁹⁷

De lo anteriormente expuesto se puede advertir que el legislador quiso que los gobernados, asumiendo de manera responsable las libertades consagradas a su favor en Constitución Política del Estado de México, antes, durante y después de juicio pueden acudir a la mediación y a la conciliación como formas alternativas de solución de sus controversias.

Como refuerzo a lo anterior, creemos oportuno citar las ideas del Magistrado Héctor Hernández Tirado, quien actualmente funge como Director del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, quien señala que ambas figuras las estima "...acordes con el contrato social y con el espíritu del artículo 17 constitucional, donde se encuentra implícito el pacto de convivencia pacífica de los hombres en sociedad, asumiendo el Estado el compromiso de administrar justicia a través de los tribunales de manera pronta,

⁹⁷ Exposición de motivos al reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, el Código de Procedimientos Penales y la Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio del Estado de México, visible en la "Gaceta del Gobierno" de fecha 10 de diciembre de 2002.

completa, imparcial y gratuita, sin prohibir la composición de los gobernados a través de la mediación y la conciliación, pues tanto el Código Civil Federal como el Código Civil del Estado de México, permiten la transacción y la renuncia de derechos privados, estableciendo que la transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones terminan una controversia o previenen una futura, y que pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros.⁹⁸

f) Antes de las sesiones de mediación o durante las mismas, el Centro puede auxiliarse de psicólogos que proporcionen terapias a los participantes, con la finalidad de lograr un equilibrio en su estado emocional que les permita iniciar o continuar el procedimiento de mediación o conciliación.

g) El trámite de la mediación o conciliación se da por concluido:

1. Por convenio o acuerdo final.
2. Por decisión de los interesados o por alguno de ellos.
3. Por inasistencia de los interesados o alguno de ellos a dos o más sesiones sin motivo justificado.
4. Por negativa de los interesados o alguno de ellos a suscribir el convenio final.

h) El Director del centro debe asegurarse que el convenio no contenga vicios del consentimiento, que no contravenga la moral o disposiciones de orden público, todo como requisito previo a su autorización. Una vez autorizado el convenio, tiene respecto de los interesados el carácter de sentencia ejecutoriada con efectos de cosa juzgada. En caso de incumplimiento del convenio, se puede proceder a su ejecución en la vía de apremio ante el juez competente, conforme al

⁹⁸ HERNÁNDEZ TIRADO, Héctor. Ponencia denominada: "Razones por las que legalmente la mediación y la conciliación en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, se pueden admitir antes, durante y después de juicio", México.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México vigente a partir del 16 de julio del año 2003.

Una vez expuesto lo anterior, y tomando como base la manera en como se encuentra regulada actualmente la mediación en el Estado de México, encontramos que esta figura constituye un proceso en el cual las partes en conflicto designan a una tercera parte neutral e imparcial para que los auxilie u oriente a encontrar una solución a su problema; se encuentra además que uno de los objetivos de la mediación es negociar voluntariamente un acuerdo; que tales procesos se pueden aplicar a cualquier tipo de conflicto en el que se busque una solución que satisfaga mutuamente los intereses de las partes en conflicto.

Cuando nos referimos a los conflictos aludimos a una serie de problemas que se manifiestan en las relaciones humanas, que pueden ir desde situaciones que se hacen con cierta rapidez, hasta situaciones complejas que derivan en complicaciones, antagonismos, dilemas y hasta tragedias familiares o amistosas, cuyas alternativas de solución requieren la consulta o intervención de terceros que aporten elementos o instrumentos eficaces para la superación del conflicto.

Esta fluidez es en la que se sustentan y encuentran razón de ser, tanto la mediación como la conciliación; tan es así, que de conformidad con los preceptos.

"Artículo 1.231. Un proceso civil se suspende cuando:

. . . IV Cuando las partes han consentido en acudir al Centro de Mediación y Conciliación para intentar algún avenimiento que ponga fin al asunto."

"Artículo 1.4. La mediación y conciliación pueden llevarse a cabo aun antes de iniciar cualquier proceso judicial, con la única condición de que los participantes manifiesten su voluntad de hacer uso de dichos medios alternos de solución.

En materia civil, las partes podrán someter a mediación o conciliación la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoriada.

En consecuencia, por el principio de sucumbencia a la norma, habrá de convenirse que la mediación y la conciliación opera y puede llevarse a cabo por el "CENTRO DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO", durante juicio, porque en el caso de convenio o transacción el proceso se extingue en materia civil, y en materia penal, en caso de llegarse a algún acuerdo, se remitirá éste al juez del conocimiento para los efectos de la extinción de la pretensión punitiva, conforme lo previene el artículo 1.240, fracción 1 del Código adjetivo civil, pudiéndose entonces decir que la mediación y la conciliación son admisibles después de iniciado el proceso, ya que éste puede concluir mediante el acuerdo construido por las partes en dichos medios alternos, lo que tiene respaldado tanto en la doctrina jurídica como en la jurisprudencia, donde uniformemente se ha sostenido que si por la voluntad de los gobernados se ha iniciado un juicio, por voluntad de los mismos puede concluir por convenio, cuando se trata de derechos y obligaciones de orden privado y no se afecta el interés público ni derechos de terceros.

De tal forma, con la introducción de la mediación y la conciliación, tal y como se halla regulada en el Estado de México, el legislador ha puesto a disposición de la gente no sólo frente a la justicia distributiva y a la conmutativa, sino frente a la justicia restaurativa que tiene como fin supremo la restauración y reposicionamiento del individuo frente a sí mismo y frente a los demás.

Por lo cual, se estima viable a través "... de la metodología de la mediación y de la conciliación que se caracteriza por su contenido eminentemente pedagógico, puesto que las partes de un conflicto pueden cambiar de actitud y mirar el conflicto no como un mal asociado a una enfermedad que hay que curar bajo el modelo médico hegemónico que se nos impone, sino que pueden aprehender a prevenir, a fortalecer y enriquecer sus potenciales para mejorarlos a través de la comunicación y negociación equilibrada, tolerante y justa, pueden construir no sólo un convenio sino un nuevo y distinto proyecto de vida."⁸⁹

⁸⁹ *Ibidem*.

Consideramos que tal y como se dispone la mediación en esta entidad federativa, los demás Estados de la Federación deberían establecer este tipo de alternativa de solución, no sólo de manera legal, sino a también Institucional, para que así la gente pueda obtener con mayor rapidez y prontitud soluciones a sus problemas, que en caso de que se ventilen de manera judicial tardarían demasiado tiempo en verse resultados palpables. Aunque también, se debe tener presente que el logro de un acuerdo no significa necesariamente la resolución plena del conflicto, ya que la tarea de la conciliación, desconflicción y proyecto de vida se ubican no tanto en la materialidad de la mediación y de la conciliación, sino en la legitimidad de las posiciones de las partes, en las intenciones, en los valores puestos en juego, en el proceso que derivó en conflicto y en el juego de las identificaciones, en otras palabras: en la posibilidad de las partes de comprender lo depositado en la mediación y la conciliación para que se genere un cambio hacia una historia alternativa: la vía pacífica.

Una vez expuesto lo anterior, se puede observar que la conciliación y la mediación tienen sustento fundamental en la autonomía de la voluntad, es decir, buscan privilegiar el derecho de los particulares a resolver sus propios problemas. Sin embargo, debemos indicar que ambas figuras por sí solas no resultan suficientes, para la solución de los conflictos que se les presenten, razón por la cual deben complementarse, para que así puedan constituirse como auténticos medios auxiliares y complementarios de la función jurisdiccional. Con ello, las partes en conflicto tendrán más oportunidades para resolver sus diferencias. Por tales razones, las legislaciones que las regulen deben mencionarse conjuntamente.

Por lo tanto, resultaría oportuno que la mediación y conciliación se realicen antes de que comience formalmente el procedimiento judicial, con el requisito de que las partes en pugna se encuentran de acuerdo en someter su voluntad a dichos medios alternativos. Sin embargo, se debe hacer notar que la mediación y la conciliación no resultarán idénticos en sus cometidos de auxilio, es

decir en materia civil, familiar o mercantil, las partes podrán someterse al amparo de estas figuras en la regulación del cumplimiento de la sentencia ejecutoriada, mientras que en el ámbito penal, la ejecución de la sentencia sólo podrá ser regulada en lo que respecta a la reparación del daño o para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por la comisión del o de los delitos.

Cabe también advertir que por su naturaleza, tanto la mediación como la conciliación sólo podrán constituirse en aquellos asuntos en los que resulte posible la transacción, por lo que en el caso de aquellas conductas delictivas sólo podrán admitirse en los delitos por querellas, ya que en los perseguibles por oficio, únicamente el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a la mediación o a la conciliación.

Por lo que, la mediación en conjunto con la conciliación deben constituirse en nuestro sistema jurídico como mecanismos diferentes y externos al proceso propiamente judicial, teniendo como objetivos aliviar al Poder Judicial de la pesada carga procesal que soporta, razón por la cual la mediación y la conciliación se erigirán como filtros que eviten que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional, procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran, por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidos por el Poder antes mencionado.

Se puede determinar que es menester la incorporación de la mediación y la conciliación dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, ya que su inclusión hará reducir la carga procesal exclusiva que hace que el Poder Judicial descuide asuntos de mayor importancia y que no administre justicia de manera adecuada, oportuna y eficiente. Aliviarlo de esta carga podría ayudar, en alguna manera, a que ese Órgano pueda dedicarse a sus tareas primordiales de mejor manera, con las correspondientes réditos a favor de su propia imagen.

4.7. La Mediación en el Distrito Federal.

4.7.1. La Mediación en Materla Familiar.

Esta figura es principalmente, para que los miembros de familia en conflicto puedan comunicarse y negociar una solución a su controversia en forma pacífica, amigable, justa y satisfactoria.

La mayoría de los problemas que padecen las familias son porque no tienen una buena comunicación: la pareja no dialoga, los hijos no hablan con sus padres, los hermanos no se entienden, nadie escucha a los abuelos y el resultado son conflictos que disfuncionan el grupo familiar y pueden llegar a desintegrarlo.

Para llevar a cabo la figura de la mediación es importante preparar un ambiente para platicar y negociar con las personas que tienen un problema, presentarles todas las alternativas que tienen para solucionarlo sin necesidad de una contienda en el juzgado, que en muchas ocasiones llega a insultos, agresiones físicas, con el fin de evitar todas estas situaciones se puede llegar a un buen convenio a través de esta figura.

Existe una mayor celeridad en los resultados, toda vez que no se tienen términos procesales establecidos, se trata de tomar el tiempo que sea necesario con el fin de solucionar la controversia existente entre la familia, para ello es importante que tengan el deseo y la decisión de solucionar pacíficamente su conflicto.

Es muy importante señalar que en esta figura existe la imparcialidad y neutralidad, pues en la mediación no hay favoritismos y no se hacen diferencias, ambas partes reciben un trato de igualdad, de respeto y de confianza, no existe el revanchismo de quien ganó y quién perdió, existen beneficios mutuos.

Las características de la Mediación Familiar, son las siguientes.

- El trato humano, personalizado, cordial y respetuoso.
- Un procedimiento rápido, flexible y gratuito.
- La seguridad de que será escuchado y tomado en cuenta.
- Aprender a resolver las disputas familiares.
- La posibilidad de decidir la solución al conflicto

4.7.1.1. Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal.

Es importante entrar personalmente en contacto con en el Centro de Justicia Alternativa, acudiendo a sus instalaciones, por vía telefónica o enviando por fax o por correo electrónico una solicitud del servicio de mediación.

Acudir al Centro e identificarse con pasaporte o credencial de elector, a exponer el conflicto, manifestar la voluntad de resolverlo y recibir la explicación de las características de la mediación, los Principios fundamentales, sus reglas del procedimiento y de comportamiento a seguir.

El Centro Invitará, en su caso, a la persona con quien es necesario establecer el diálogo para informarle la voluntad del solicitante de arreglar sus diferencias y para que acuda a exponer su visión del conflicto y a recibir la explicación de las características y reglas de la mediación.

Los interesados en el procedimiento (los medlados), firmarán solicitud del servicio, convenio de mediación y convenio de confidencialidad. Posteriormente, se celebrarán tantas sesiones como ambos acepten que son necesarias para identificar los orígenes del conflicto, hasta alcanzar acuerdos satisfactorios para sus necesidades, sin que exista obligación de llegar forzosamente a acuerdo alguno; y por último, los acuerdos tomados quedarán plasmados en un convenio escrito.

4.7.1.2. Principios Fundamentales de la Mediación.

VOLUNTARIEDAD.- Entendido como aquello que se hace libre y espontáneamente, y no por obligación o deber; desde este principio el proceso de mediación debe responder a la propia decisión de las partes para acudir, permanecer o retirarse de él sin presiones; determinar la estructura del mismo; decidir sobre la información que revelan u ocultan; así como resolver si llegan a un acuerdo o no.

Algunas legislaciones regulan la mediación como una instancia obligatoria. Esta obligatoriedad debe entenderse como prerrequisito de procedibilidad en un juicio, lo que no elimina el principio de voluntariedad de las partes dentro del procedimiento de mediación; toda vez, que si las partes no quieren mediar, nadie las puede obligar.

CONFIDENCIALIDAD.- Entendido como lo que se hace o se dice en confianza; desde este principio, la mediación implica un sinnúmero de actos de confianza; por lo tanto, en la mediación nada de lo que se dice puede ser revelado; en primer lugar, por el mediador, aunque la confidencialidad en la mediación debe operar frente al propio mediador, frente a la contraparte y frente a terceros.

El intercambio directo de propuestas entre las partes es lo que asegura acuerdos duraderos, para que éstas se atrevan a comunicarse con toda libertad sus intereses y necesidades, que involucran parte de su intimidad, es necesario que sientan confianza en la discreción y mesura del mediador en el manejo de la información que conozca a raíz de su intervención; es indispensable que los mediados tengan la certeza de que lo ocurrido en la mediación no será divulgado por el mediador ni llevado fuera del lugar donde se ha realizado la mediación.

NEUTRALIDAD.- Entendido como la ausencia de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de las partes; desde este principio, en la mediación, la actitud del mediador frente a los conflictos debe ser madura y equilibrada; esto es, que no debe emitir juicios u opiniones sobre el asunto que está atendiendo; es decir, debe mostrar una actitud libre de favoritismos, prejuicios o rituales, ya sea de pensamiento, palabra o acción, así como tampoco deberá establecer alianza con ninguna de las partes; debe actuar con equidad para con las partes en conflicto.

Es condición indispensable para que las partes encuentren confiable la intervención del mediador; por lo tanto, éste jamás propondrá alguna alternativa de solución, a fin de no mostrar intención anticipada a favor o en contra de alguno de los mediados. Por lo tanto, es necesario señalar anticipadamente en qué casos el mediador estará impedido de atender un asunto, desde luego cuando implique para él conflicto de intereses; o bien, sus sentimientos, ya sean positivos o negativos, lo conduzcan a favorecer o perjudicar a alguna de las partes.

IMPARCIALIDAD.- Entendido como la actitud de abstención que se debe tener para no involucrarse con alguna de las partes y tratarlas con absoluta objetividad tratándolas sin hacer diferencia alguna; por lo tanto, en la mediación no puede haber inclinación por parte del mediador a favor de alguno de los mediados. Las partes deberán recibir el mismo trato y percibir que el mediador es una persona libre de favoritismos de palabra o acción, que ha asumido el compromiso de apoyarlas por igual sin propiciar ventajas para una u otra.

FLEXIBILIDAD.- Entendido como la facilidad de ceder o acomodarse fácilmente, saliéndose de los patrones rígidos; desde este principio, la mediación no habrá de sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades inamovibles. Si bien la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, el mediador y las partes no se sujetarán a un proceder estricto

dentro de ellas, toda vez que pueden obviar pasos, convenir la forma en que se desarrollará el procedimiento e incluso avanzar en él y luego retroceder; debe existir amplia libertad para aplicar el procedimiento, a efecto de alcanzar económica, rápida y satisfactoriamente un acuerdo.

EQUIDAD.- Entendido como la disposición mental del mediador para mantener el mismo ánimo para con los mediados, manifiesten lo que manifiesten en cuanto a sus intereses, principios, rituales, hechos, etc.; desde este principio, el mediador debe ser capaz de no dejarse influenciar por los sentimientos, actitudes y hechos pasados o presentes, que los mediados puedan manifestar. En este principio radica la justicia, satisfacción y durabilidad del acuerdo construido para que se cumpla.

El juicio ordinario civil es un medio de solución de controversias, en nuestra sociedad, en este apartado capitular se analiza lo que es la figura jurídica de la mediación como medio de solución de conflictos.

Así entonces, podemos sintetizar que la mediación es un proceso voluntario, a través del cual las partes en conflicto son asistidas por un tercero neutral, llamado "mediador", quien las ayudará a negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio. El rol del mediador consiste en ayudar a las partes a descubrir sus verdaderos intereses, necesidades y objetivos. Asimismo, contribuirá a que las partes logren una comunicación efectiva, identifiquen los aspectos principales de la controversia, exploren sus posibilidades fuera de la mesa de negociación y las posibles consecuencias negativas que se producirán de no llegar a un acuerdo.

CONCLUSIONES

Es una necesidad en el campo del derecho la implementación de medios alternativos de solución en los conflictos, es evidente que los medios alternativos no buscan sustituir la jurisdicción, sino permitir a los ciudadanos contar con una forma distinta, que se acomode mejor a cierto tipo de litigios y que, además, permita un respiro al poder judicial respecto al aumento incesante de la carga de trabajo.

La mediación como medio alternativo de solución de conflictos es el trámite en el que uno o más mediadores intervienen en una controversia entre partes determinadas, facilitando la comunicación entre ellas con el objeto de construir un convenio sin proponer soluciones. Se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. La mediación evita que las relaciones personales se deterioren o destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios.

Además, se trata de atacar el problema de fondo, dado que la mediación cumple la importante función de enseñar a los ciudadanos las bondades de la convivencia social y del diálogo como efectivo resolutor de problemas.

La diferencia entre el arbitraje y la mediación es que en el arbitraje, el resultado se determina de acuerdo con una norma objetiva. En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes.

Existen diferencias entre la mediación y la conciliación. Se diferencian en cuanto al procedimiento usado, aunque tienen el mismo fin. El mediador, tercero neutral que conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, y se

abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo. Por tanto, el objetivo del mediador es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo, mediante el cual la solución definitiva, ocurra sin ganadores ni perdedores.

La mediación en el juicio ordinario civil es el proceso formal en el que dos partes enfrentadas a causa de una controversia deciden confrontar sus puntos de vista y buscar una solución libremente acordada a su conflicto con la ayuda de un tercero que actúa desde una posición neutral y sin proponer soluciones.

La mediación en el juicio ordinario civil tiene el objetivo de asegurar que ambas partes obtengan beneficios: uno de los principales beneficios es que la mediación favorece lo que se conoce como prevención de integración, en razón de que llegan a un acuerdo por sí mismos, no hay ganadores ni perdedores, lo cual favorece su convivencia futura, en el capítulo IV de éste trabajo se abordaran ampliamente los beneficios que se obtienen con la mediación.

La figura de la mediación no es desconocida en el ámbito jurídico mexicano, sin embargo, únicamente se encuentra regulada en algunas Entidades Federativas, como, Querétaro, Baja California Sur y Quintana Roo; hay que hacer la observación no obstante, de que es en el Estado de México en donde ha cobrado más fuerza, tan es así, que en el año 2003 se promulgó el Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

En el juicio ordinario civil, la ejecución de la sentencia podrá ser regulada a través de la mediación, pudiéndose hacer uso de tal medio, donde se prevé que el órgano jurisdiccional que hubiere conocido la primera instancia dictará las disposiciones necesarias para la ejecución de la sentencia, pudiendo recomendar la mediación como medio para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por una controversia.

La mediación debe constituirse en nuestro sistema jurídico como mecanismo diferente y externo al proceso, teniendo como objetivos acceder a una justicia pronta y expedita además de aliviar al poder judicial de la pesada carga procesal que soporta, razón por la cual la mediación evitará que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional, procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran, por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidos por el poder antes mencionado.

PROPUESTA

Una vez que se han expuesto la naturaleza y los alcances jurídicos que tiene la mediación, considero importante que esta figura jurídica, se incorpore en la normatividad procesal civil del Distrito Federal en el juicio ordinario civil, ya que podría constituirse como eficaz medio alternativo de solución de conflictos, es decir, con la regulación de la mediación se evitarían complicados y tardados litigios, así como también las autoridades verían reducida la carga de trabajo que por años han acumulado por la falta de una adecuada administración de la justicia.

Las personas que desempeñen la función de mediador, deben ser servidores públicos que hayan recibido una capacitación o preparación especializada en las materias que vayan a intervenir. Con lo anterior, quiero exponer que no cualquier ciudadano estaría en la posibilidad idónea de acceder a ocupar la función de mediador, toda vez que se deben tener no sólo nociones jurídicas para desempeñar dicho cargo, sino también es importante que se tengan conocimientos de psicología, servicio social y sociología, entre otros, para poder ayudar a las partes a solucionar sus diferencias.

así entonces después de analizar las experiencias que se han dado en otras entidades federativas (particularmente en el Estado de México) con el empleo de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, resultaría idóneo que los legisladores de la asamblea legislativa del Distrito Federal, en el momento de adecuar el código de procedimientos civiles para dicha demarcación, tomaran en cuenta la figura de la mediación como medio extraprocesal en la resolución de conflictos,

A) **BIBLIOGRAFÍA:**

ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Estudios de teoría e historia del proceso*, Vol. 3, México, Jurídica Universitaria, 2001.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Vol. 2, México, Jurídica Universitaria, S.A., 2001.

ALSINA, Hugo. *Fundamentos de Derecho Procesal*, México, Jurídica Universitaria, 2000.

AZAR MANSUR, Cecilia. *Mediación y conciliación en México. Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Miguel Ángel Porrúa, S.A., 1999.

AZÚA REYES, Sergio T. *Los Principios Generales del Derecho*, México, 2ª ed., Porrúa, S.A., 1998.

BORRELL NAVARRO, Miguel. *Análisis práctico y jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 2ª ed., PAC, S.A., 1990.

BRANDONI, Florencia. *Mediación educativa*, Buenos Aires, Argentina, Paidós, S.A., 1990.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*, Vol. I, México, Cárdenas, 1977.

BUEN L., Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*, México, 6ª ed., Porrúa, S.A., 1998.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, México, 24ª ed., Porrúa, S.A., 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Buenos Aires, Argentina, traducción Santiago Sentís Melendo, UTEHA, S.A., 1969.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. *El Nuevo Derecho del Trabajo Mexicano*, México, Trillas, S.A., 2000.

CONTRERAS VACA, Francisco José. *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, México, Oxford, S.A., 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios sobre Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1988.

----- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, S.A., 1966.

DÍAZ BRAVO, Arturo. *Contratos Mercantiles*, México, 3ª ed., Harla, S.A., 1990.

ESCRICHE, Joaquín. *Derecho Procesal*, Bogotá de Santa Fe, Colombia, Temis, 1977.

FERRARI, Vincenzo. *Funciones del Derecho*, Madrid, España, Debate, 1989.

FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. *Introducción al Estudio del Derecho*, 9ª ed. México, Porrúa, S.A., 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*, 21ª ed., México, Porrúa, S.A., 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Elementos de Derecho Procesal Agrario*, México, 3ª ed., Porrúa, S.A., 2000.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, Volumen 1, México, Jurídica Universitaria, 2001.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, México, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, México, Trillas, 1995.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Hombre y Estado*, México, Porrúa, S.A., 1992.

GROVER DUFFY, Karen. *La mediación y sus contextos de aplicación*, Buenos Aires, Argentina, Paidós, 1997.

GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel y RAMOS VERÁSTEGUI, Rosa María. *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*, 14ª ed., México, Porrúa, S.A., 2000.

HAYNES, John. *Fundamentos de la mediación*, Barcelona, España, Gala, S.A., 1986.

HERRERA TREJO, Sergio. *La mediación en México*, México, Fundap, 2000.

HISGHTON, Elena. *Mediación y Justicia*, Buenos Aires, Argentina, 3ª ed., Depalma, 1978.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 4 Tomos, 11ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A.-U.N.A.M., 1998.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

LLEWELLYN, K.N. citado por ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, España, Universidad Carlos II, 1996.

MOTO SÁLAZAR, Efraín. *Elementos de Derecho*, 45ª edición, México, Porrúa, S.A., 2000.

NAZAR SEVILLA, Marcos A. *Procuración y Administración de Justicia Agraria*, México, Porrúa, S.A., 1999.

ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho Internacional Público*, México, 2ª ed., Oxford, S.A., 1999.

OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, México, 5ª ed., Harla, S.A., 1993.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Juristas*, 2 Tomos, Porrúa, S.A., México, 2000.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, 24ª ed., Porrúa, S.A., 1998.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*, 26ª ed., México, Porrúa, S.A., 2000.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, S.A., 30ª ed., 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 4, 22ª ed., Barcelona, España, Mateu Cromo, S.A., 2001.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª ed., México, Porrúa, S.A., 1997.

REYES ECHANDIA, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal*, México, Themis, 1995.

RIPOL MILLET, Alex. *Familias, trabajo social y mediación*, Buenos Aires, Argentina, 4ª ed., Paidós, 1993.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Argentina, EJE, 1979.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, México, Harla, S.A., 1990.

TENA SUCK, Rafael y MORALES, Hugo Ítalo. *Derecho Procesal del Trabajo*, México, 6ª ed., Trillas, S.A., 2002.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, S.A., 1987.

B) HEMEROGRAFÍA:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA, *Nuestra Constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano*, Fascículo 9, De las garantías individuales, Artículos 14 al 23, Secretaría de Gobernación, México, 1996.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Las Antinomias de la Profesión Jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo V, número 17-18, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Junio de 1985.

C) FUENTES JURISPRUDENCIALES:

Semanario Judicial de la Federación. 1917-1985. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tercera Sala. Tesis No. 168.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Agosto de 1999. Tesis: P./J. 72/99.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Parte LXXX, p. 13. Amparo directo: 8259/62, Pedro J. Matar y coagravados, 3 de febrero de 1964, Cinco votos, ponente: Ángel Carvajal.

D) FUENTES DE INTERNET:

<http://www.mas-venezuela.org.ve/consti.htm>, consultada el día lunes 26 de enero de 2004, en el portal Google México.

FRANCO O., Óscar J. *Los medios alternativos de resolución de los conflictos*, mediación@cantv.net, el día lunes 26 de enero de 2004, en el portal Google México.

VADO GRAJALES, Luis Octavio. *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*, Información recopilada de internet en el correo electrónico ivado@contemporanea.edu.mx.

E) LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley Agraria

Ley Federal del Trabajo

Reglamento de Mediación y Conciliación del Estado de México.